

DER AUSSCHLUSS DES BEVOLLMÄCHTIGTEN, TREUHÄNDERS UND  
VERWALTERS KRAFT AMTES VON DER GESTATTETEN AUSÜBUNG  
DER GESCHÄFTSFÜHRUNG EINER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

von

JÜRGEN HARTMANN

*Mainz 1966*







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

DER AUSSCHLUSS DES BEVOLLMÄCHTIGTEN, TREUHÄNDERS UND  
VERWALTERS KRAFT AMTES VON DER GESTATTETEN AUSÜBUNG  
DER GESCHÄFTSFÜHRUNG EINER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität zu Mainz

von

JÜRGEN HARTMANN

MAINZ 1966

Referent: Professor Dr. Horst Bartholomeyczik

Korreferent: Professor Dr. Johannes Bärman

Tag der mündl. Prüfung: 25. Februar 1966



Gesamtherstellung: Ditters Bürodienst Mainz, Steingasse 19

## INHALTSÜBERSICHT

|                                                                                                         | Seite |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| I. Grundlegung .....                                                                                    | 1     |
| II. Die rechtliche Stellung des geschäftsführenden Nichtgesellschafters                                 | 6     |
| A. Seine Stellung zum Gesellschafter-Geschäftsführer .....                                              | 6     |
| 1. Die organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis und ihre<br>Ausübung durch Nichtgesellschaftler ..... | 6     |
| a) Der Grundsatz der Unübertragbarkeit von Mitglied-<br>schaftsrechten .....                            | 6     |
| b) Der Grundsatz der Übertragbarkeit der Rechts-<br>ausübung .....                                      | 10    |
| 2. Die Bevollmächtigung .....                                                                           | 12    |
| a) Die willkürliche Bevollmächtigung .....                                                              | 12    |
| b) Der Testamentsvollstrecker .....                                                                     | 17    |
| c) Das güterrechtliche Verwaltungsrecht .....                                                           | 21    |
| 3. Die gesetzliche Vertretung .....                                                                     | 23    |
| a) Der gesetzliche Vertreter im engeren Sinne .....                                                     | 23    |
| b) Die Vertretung einer juristischen Person .....                                                       | 25    |
| 4. Treuhandverhältnisse .....                                                                           | 27    |
| B. Die Stellung des geschäftsführenden Nichtgesellschafters<br>zur Gesellschaft .....                   | 29    |
| 1. Rechtsausübung und Vertragsprinzip .....                                                             | 29    |
| 2. Die Zustimmung der Mitgesellschafter .....                                                           | 30    |
| a) Die Zustimmung bei den Vollmachtstatbeständen ..                                                     | 30    |
| b) Die Zustimmung bei den Tatbeständen der gesetz-<br>lichen Vertretung .....                           | 32    |
| c) Die Zustimmung bei der unechten Drittausübung ..                                                     | 34    |

|                                                                                                                               |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| C. Die Zulassung der Drittausübung als vertragliches Recht<br>des Gesellschafter-Geschäftsführers .....                       | 35 |
| III. Die Klage aus § 117 HGB .....                                                                                            | 39 |
| A. § 117 HGB als Ausgleich des Vertragsprinzips .....                                                                         | 39 |
| B. Die Klage gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer .....                                                                   | 42 |
| 1. Die unmittelbare Anwendung des § 117 HGB .....                                                                             | 42 |
| 2. Der Grundsatz des mildesten Mittels .....                                                                                  | 44 |
| a) Die Unzumutbarkeit des Vollentzuges für den<br>Gesellschafter-Geschäftsführer .....                                        | 44 |
| b) Der Grundsatz des mildesten Mittels als Fallgruppe<br>des Übermaßverbotes, speziell des Erforderlich-<br>keitssatzes ..... | 46 |
| c) Das argumentum a maiori ad minus .....                                                                                     | 51 |
| 3. Der Widerruf der Zustimmung .....                                                                                          | 52 |
| 4. Die verlängerte Drittausübung .....                                                                                        | 55 |
| 5. Die Beschränkung der Zustimmung .....                                                                                      | 57 |
| a) Persönliche Beschränkungen der Zustimmung .....                                                                            | 57 |
| b) Sachliche Beschränkungen der Zustimmung .....                                                                              | 59 |
| 6. Die materiellen Voraussetzungen der Klage .....                                                                            | 59 |
| 7. Richterliche Vertragsänderung und Minderjährigenschutz<br>nach § 1822 Ziff.3 BGB .....                                     | 63 |
| 8. Die Beteiligung des Nichtgesellschafters am Rechtsstreit                                                                   | 64 |
| 9. Die Bindung des Richters an den Antrag .....                                                                               | 66 |
| 10. Die einstweilige Verfügung .....                                                                                          | 68 |
| C. Die Klage gegen den Nichtgesellschafter .....                                                                              | 69 |
| 1. Die unmittelbare Anwendung des § 117 HGB .....                                                                             | 69 |
| 2. Versuch einer analogen Anwendung des § 117 HGB ...                                                                         | 71 |

|                                                                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| IV. Kritik der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und des<br>Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone ..... | 73 |
| 1. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes .....                                                                    | 73 |
| 2. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die<br>Britische Zone .....                                       | 75 |
| V. Zusammenfassung .....                                                                                             | 78 |



## SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Bartholomeyczik, Horst: Die juristische Person im Privatrecht, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. VIII, Berlin und Leipzig 1937
- Erbrecht, 7. Aufl., München und Berlin 1965
  - Die Kunst der Gesetzesauslegung, 3. Aufl., Frankfurt/Main 1965
- Baumbach-Duden: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., München und Berlin 1961  
17. Aufl., München und Berlin 1966
- Baumbach-Lauterbach: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., München und Berlin 1965
- Baur, Fritz: Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer, in: Vom Deutschen zum Europäischen Recht = Festschrift für Hans Dölle, Bd. I, Tübingen 1963, S. 249 ff.
- Biddermann, Ingrid: Der minderjährige Gesellschafter, Darmstadt o. J. (etwa 1965)
- Brox, Hans: Richterliche Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, in: JR 1960, S. 321 ff.
- Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Tübingen und Leipzig 1900
- Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch,  
II. Bd. 1. Hälfte, 3. Aufl.,  
II. Bd. 2. Hälfte, 3. Aufl.,  
Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,  
1. Bd., 1. Halbbd., Allgemeiner Teil, bearbeitet von Nipperdey,  
15. Aufl., Tübingen 1959  
2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von H. Lehmann, Tübingen 1958  
5. Bd., Erbrecht, 12. Bearbeitung von H. Coing, Tübingen 1965
- Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
2. Aufl., Münster 1958  
3. Aufl., Münster 1962

Esser, Josef: Schuldrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1960

Fischer, Robert: Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Erben in einer Personengesellschaft des Handelsrechts, in: BB 1956, S.839 ff.

- Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, in: NJW 1954, S.777 ff.
- Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG, in: NJW 1959, S.1057 ff.

Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts, München und Berlin 1964

v.Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd.1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895

Glitsch, Heinrich: Die Ehefrau als Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2.Bd., Leipzig 1918, S.184 ff.

Gogos, Demetrius: Die Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft, Tübingen 1953

v.Górski, Anton: Die Geschäftsführung und Vertretung der Offenen Handelsgesellschaft, Wien 1888

Großkomm.AktG: Großkommentar zum Aktiengesetz, herausgegeben von Barz, Fischer, Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling, Schmidt, I.Bd., 2.Aufl., Berlin 1961

Hartmann, Bernhard: Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 2.Aufl., Köln 1963

Heinemann, Gustav: Die Formen der Rechtsausübung, in: JherJb. Bd.81, S.373 ff.

Heinsheimer, Rudolf: Über die Teilhaberschaft, Heidelberg 1930

Heymann-Kötter: Handelsgesetzbuch, 20.Gesamtaufl., Berlin 1950

Hirsch, Hans Christoph: Die Übertragung der Rechtsausübung, 1.Teil, Allgemeine Lehren, Berlin 1910

Holch, Georg: Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung, in: DNotZ 1958, S.282 ff.

Hueck, Alfred: Das Recht der offenen Handelsgesellschaft,

1.Aufl., Berlin 1946

2.Aufl., Berlin 1951

3.Aufl., Berlin 1964

- Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäftes, in: ZHR Bd.108, S.1 ff.
- Gestaltungsklagen im Recht der Handelsgesellschaften, in: Recht im Wandel = Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 1965, S.287 ff.
- Anmerkung zum Urteil des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone vom 16.Juni 1948 - ZS 11/48 -, in: SJZ 1948, Sp.755 ff.
- Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 22.Januar 1962 - II ZR 11/62 -, in: JZ 1962, S.362 ff.
- Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 10.November 1951 - II ZR 111/50 -, in: JZ 1952, S.115 ff.

Isele, Hellmut Georg: Geschäftsbesorgung, Marburg 1935

Küster, Werner: Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter insbesondere des Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954

Kurz, Dietrich: Die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft, Dissertation Münster 1965

Lange, Heinrich: Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.II, 7.Aufl., München und Berlin 1965

- Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, in: JherJb. Bd.83, S.108 ff.

Lehmann, Heinrich: Gesellschaftsrecht, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1959

Lent-Jauernig: Zivilprozeßrecht, 12.Aufl., München und Berlin 1965

Lerche, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln, Berlin, München, Bonn 1962

Ludewig, Wilhelm: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922

- Lukes, Rudolf: Teilentzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei einer oHG durch Urteil, in: JR 1960, S.41 ff.
- Lutter, Marcus: Zum Umfang des Sonderguts, in: AcP Bd.161, S.163 ff.
- Merkel, Kurt: Übergang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines persönlich haftenden Gesellschafters auf seine Erben, in: MDR 1963, S.102 ff.
- Möhle, Fritz: Die Personengesellschaft, 2.Aufl., Stuttgart 1957
- Müller-Erbach, Rudolf: Die Haftung und Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht = Festgabe für E.Heymann, Bd.II, Marburg 1931, S.737 ff.
- Müller-Freienfels, Wolfram: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
- Palandt: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 25.Aufl., München und Berlin 1966
- Peters, Egbert: Entziehung des Informationsrechts des Gesellschafters einer OHG analog § 117 HGB?, in: NJW 1965, S.1212 ff.
- Renaud, Achilles: Das Recht der Commanditgesellschaften, Leipzig 1881
- RGR-Kommentar: Reichsgerichtsrätekomentar.  
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,  
1.Bd., 2.Teil, 11.Aufl., Berlin 1960  
2.Bd., 10.Aufl., Berlin 1935  
2.Bd., 2.Teil, 11.Aufl., Berlin 1960  
(Zitierweise: Verfasser in BGB-RGRK)
- RGR-Kommentar: Kommentar zum Handelsgesetzbuch,  
Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts,  
1.Bd., 2.Aufl., Berlin 1953  
2.Bd., 2.Aufl., Berlin 1950  
(Zitierweise: Verfasser in RGR-Komm. zum HGB)
- Richardi, Reinhard: Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, Berlin und Frankfurt/Main 1961

- Ritter, Carl: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., München und Berlin 1932
- Rohwedder, Detlev: Über die ultra-vires Lehre und ihre Problematik im Deutschen Recht, Rechtswissenschaftliche Dissertation, Mainz 1961
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9.Aufl., München und Berlin 1961
- Scheuerle, Wilhelm: Das Wesen des Wesens, in: AcP Bd.163, S.429 ff.
- Schilling, Wolfgang: Zur Ausübung fremder Gesellschafterrechte im eigenen Namen, in: Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten = Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, S.208 ff.
- Schlegel, Carl: Die allgemeinen und besonderen Rechte und Pflichten eines geschäftsführenden Gesellschafters bei der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Dissertation Erlangen 1913
- Schlegelberger, Franz: Handelsgesetzbuch  
1.Bd., 4. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1960  
2.Bd., 4. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1963
- Schönke - Schröder-Niese: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956
- Schopp: Die Vertretung und Geschäftsführung durch Nichtgesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, in: Rpfleger 1963, S.186 ff.
- Schütte, Herbert: Die Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft, Borna-Leipzig 1931
- Serwe, Ludwig-Hans: Der Anspruch eines Gesellschafters auf Mitwirkung bei den Klagen aus §§ 117, 127 HGB, Dissertation Münster 1963
- Siebenhaar, Hermann: Vertreter des Vertretenen?, in: AcP Bd.162, S.354 ff.
- Siebert, Wolfgang: Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., Karlsruhe 1958
- Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften, in: StbJb. 1955/56, S.299 ff.

- Siebert, Wolfgang: Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht = Festschrift für A.Hueck, München und Berlin 1959, S.321 ff.  
(Zitierweise: Siebert in Festschrift für Hueck)
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch,  
1.Bd., 9.Aufl., Stuttgart 1959  
4.Bd., 9.Aufl., Stuttgart 1963  
(Zitierweise: Siebert-Verfasser)
- Spitzbarth, Reimar: Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten,  
in: BB 1962, S.851 ff.
- Staub: Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1.Bd., 14.Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- v.Staudinger: J.v.Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,  
1.Bd., 11.Aufl., Berlin 1957  
2.Bd., 3.Teil, 11.Aufl., Berlin 1958  
2.Bd., 4.Teil, Lfg.1, 11.Aufl., Berlin 1958  
5.Bd., 2.Teil, 10./11.Aufl., Berlin 1960
- Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung,  
1.Bd., Lfg. 1, 2, 19.Aufl., Tübingen 1964
- Tilkorn, Klaus: Zugewinnngemeinschaft und Gesellschaftsrecht, Dissertation  
Münster 1965
- von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,  
2.Bd., 2.Hälfte, München und Leipzig 1918
- Ullmann: Die Ehefrau als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft,  
in: JW 1902, S.49 ff.
- Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung,  
Bd.I, Teil 1, Berlin 1957
- Wiedemann, Herbert: Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei den Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965

Wieland, Karl: Handelsrecht, 1.Bd., München und Leipzig 1921

Zitelmann, Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in: AcP Bd.99,  
S.1 ff.

Zöllner, Wolfgang: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht  
bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin  
1963

Die verwendeten Abkürzungen entsprechen den Angaben bei

Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1957



## I. GRUNDLEGUNG

Das Recht der offenen Handelsgesellschaft geht bei der Aufstellung seiner Normen uneingeschränkt von dem Grundsatz der persönlichen Beziehung unter den Gesellschaftern und der Aufgabenverteilung allein unter den Partnern des Gesellschaftsvertrages aus. Die Rechtsbehelfe, die die §§ 105 ff. HGB gegen die mißbräuchliche Ausübung dieser Aufgaben gewähren, beziehen sich demzufolge nur auf die Gesellschafter selbst.

Seit längerer Zeit machen sich daher in der Rechtsprechung Schwierigkeiten bemerkbar, die aus dieser strengen Auffassung des personalistischen Charakters der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft und dem Konflikt mit anderen Rechtsgebieten, etwa dem Familienrecht oder Erbrecht, resultieren. Auch die Literatur bemüht sich in zunehmendem Maße um neue Lösungen. Nicht schuldlos an der Entstehung solcher Schwierigkeiten ist wohl auch das Fehlen eines eigenen "Allgemeinen Teiles" des Gesellschaftsrechts. Die Heranziehung des ersten Buches und der ersten sechs Abschnitte des zweiten Buches des BGB, die lediglich die Verallgemeinerung des individualrechtlichen Verkehrs unter Einzelpersonen enthalten, als Allgemeiner Teil gesellschaftsrechtlicher Geschäfte, mußte sich auf die Entwicklung eines eigenen Gesellschaftsrechtes hemmend auswirken. Erst die Erkenntnis der Besonderheiten des "Sozialrechts" (1), nämlich der Tatsache, daß sich die Gesellschaft auf der engen persönlichen Verbundenheit der Mitglieder gründet, und zwar dergestalt, daß diese in ihrer Verbundenheit Träger der gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten werden und daß gleichzeitig die Existenz der Gesellschaft wiederum von den Einzelpersonlichkeiten der Gesellschafter abhängt, öffnete den Weg zum Gesellschaftsrecht, wie es heute verstanden wird, daß nämlich die Gesellschaft nicht nur Schuldverhältnis ist, sondern zugleich eine "sozialrechtlich verbundene Personengemeinschaft" (2) (3).

- 
- (1) Der Beginn dieser Entwicklung mag in der Genossenschaftstheorie gesehen werden, wie sie O.v.Gierke, freilich unter Überbewertung des körperchaftlichen Elements, herausgearbeitet hat.
  - (2) Larenz, Schuldrecht Bd.II, § 56 I c (S.288).
  - (3) Larenz definiert in JherJb. Bd.83, S.142, den Begriff "sozialrechtliche Normen" als Normen, die die Beteiligung mehrerer Personen an einem gemeinschaftlichen Rechtskreise und an der zur Wahrnehmung ihrer gemeinsamen Interessen erforderlichen gemeinschaftlichen Willensbildung regeln.

Andererseits erlaubt das Fehlen eines gesetzlich festgelegten Allgemeinen Teiles des Gesellschaftsrechts eine leichtere Korrektur allgemeiner Begriffe (4). Die weitgehende Eigenständigkeit des Gesellschaftsrechts kann daher nur als Ausgangspunkt für die Lösung der zahlreichen und verzweigten Probleme gesehen werden, doch scheint sie als Leitmotiv weiterer Überlegungen nützlich, ja unentbehrlich.

Unter den zahlreichen Spielarten, unter denen ein Dritter in die Rechtsverhältnisse einer Personalhandelsgesellschaft einwirken kann, man denke an Stimmrechtsvollmachten oder Generalbevollmächtigungen, stellt sich diese Arbeit die Aufgabe, den Einfluß der Gesellschafter auf einen Nichtgesellschafter, der für einen Gesellschafter die Geschäftsführung ausübt, zu untersuchen. Diese Problematik hat, soweit ersichtlich, zu zwei einander widersprechenden Revisionsentscheidungen geführt.

Zunächst hatte sich der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (5) mit einer auf § 117 HGB gestützten Klage gegen eine Kommanditistin und deren Ehemann zu befassen. Die beklagten Eheleute lebten im damaligen gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung. Der Ehemann, selbst nicht Gesellschafter, nahm die Gesellschafterrechte seiner Frau kraft seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes und außerdem auf Grund einer ihm von seiner Ehefrau erteilten Vollmacht wahr. Der Kläger, als einziger persönlich haftender Gesellschafter, machte geltend, der beklagte Ehemann nehme die Rechte seiner Frau in einer Weise wahr, die eine weitere Zusammenarbeit mit ihm unzumutbar erscheinen lasse. Er begehrte, den Ehemann von seinen Befugnissen auszuschließen. Der Gesellschaftsvertrag hatte bestimmt, daß die Zusammenarbeit unter den Gesellschaftern auf einer unter Geschwistern normal üblichen Grundlage erfolgen sollte.

Das Gericht unterstellte die Kommanditbeteiligung der Ehefrau dem eingebrachten Gut. Die Klage aus § 117 HGB, als rechtsgestaltender Eingriff in die Ausübung von Gesellschafterrechten, habe sich daher zunächst gegen die Ehefrau als Gesellschafterin, wegen § 1400 Abs.1 BGB a.F., aber auch gegen den verwaltenden Ehemann zu richten. Ohne im übrigen die Grenze zwischen der vom Willen der Ehefrau unabhängigen Verwalterstellung des Ehemannes am eingebrachten Gut und dem Grundsatz der Selbstorganschaft in der Perso-

---

(4) Vgl. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.8.

(5) Urteil vom 16.Juni 1948 - ZS 11/48 - in OGHZ Bd.1, S.33 = MDR 1948, S.340 = SJZ 1948, Sp.751 = NJW 1947/48, S.691.

nalhandelsgesellschaft zu ziehen, erkennt das Gericht das gesetzliche Verwaltungsrecht des Mannes dort an, wo keine überwiegenden gesellschaftsrechtlichen Gegengründe bestehen, also etwa, wenn die übrigen Gesellschafter der Verwaltung durch den Ehemann zugestimmt haben. Dies vorausgesetzt, sei § 117 HGB auch dahingehend anzuwenden, daß die Verwaltungsbefugnisse des Mannes am Kommanditanteil beschränkt werden könnten. Der Umstand allein, daß § 117 HGB eine Rechtsgestaltung nur innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses vorsehe, könne einen Eingriff aus § 117 HGB in die Rechte des Mannes nicht unzulässig machen. Gegen den Ehemann sei daher so zu entscheiden, als handle es sich um die Klage gegen einen seinen Anteil selbst verwaltemden Gesellschafter.

Schließlich sei § 117 HGB auch auf vertraglich eingeräumte besondere Mitwirkungs- und Kontrollrechte auszudehnen. Das folge aus dem Grundgedanken des § 117 HGB, nämlich dem Prinzip des § 242 BGB in der Sondergestaltung der unzulässigen Rechtsausübung. Freilich müsse der wichtige Grund, auf den die Klage gestützt sei, auch wenn es sich um eine bloße Beschränkung der Befugnisse handle, stets ausreichen, auch einen Vollentzug zu rechtfertigen.

Der Bundesgerichtshof (6) hatte über die Wirksamkeit der Klausel eines Gesellschaftsvertrages zu entscheiden, die einem zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft befugten Komplementär das Recht einräumte, im Falle seines Unvermögens die Geschäftsführung und Vertretung auf andere Personen frei widerruflich zu übertragen.

Zunächst lehnt der Bundesgerichtshof die im Schrifttum teilweise vertretene Möglichkeit einer echten Übertragung der gesellschaftlichen Geschäftsführungsbefugnisse auf Nichtgesellschafter ab. Die Betrauung eines Nichtgesellschafters mit sehr weitgehenden Geschäftsführungsaufgaben einer Gesellschaft sei zwar möglich, doch unterscheide sie sich wesentlich von der Geschäftsführung des § 114 HGB. Das Rechtsverhältnis des Dritten zur Gesellschaft werde nicht durch gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte bestimmt; für eine Anwendung des § 117 HGB sei ihm gegenüber kein Raum. Die Geschäftsführung stehe ihm nicht als eigenständiges Recht zu; er könne von den geschäftsführenden Gesellschaftern mit Weisungen versehen und von ihnen auch abberufen werden. In diesem Lichte sah der Bundesgerichtshof gegen die Vertragsklausel keine Bedenken.

---

(6) Urteil vom 22. Januar 1962 - II ZR 11/61 - in BGHZ 36, S. 292 = L/M Nr. 1 zu § 114 HGB = NJW 1962, S. 738 = MDR 1962, S. 372 = JZ 1962, S. 362.

Normalfall und vom Gesetz mit einer Lösung versehen ist die Ausübung der Geschäftsführung einer Personalgesellschaft - als organschaftliches Recht - durch einen Gesellschafter in Person. Es sind aber Fälle denkbar, in denen der ursprünglich mit der Geschäftsführung betraute Gesellschafter diese aus den verschiedensten Gründen nicht ausüben kann oder will.

Es lassen sich zunächst vier Fallgruppen bilden, in denen Nichtgesellschafter die Geschäftsführung einer offenen Handelsgesellschaft ausüben.

Die erste Gruppe bilden die Fälle der gesetzlichen Vertretung eines Gesellschafters-Geschäftsführers. Hierbei ist in erster Linie an einen minderjährigen Gesellschafter zu denken, für den ein gesetzlicher Vertreter die ihm übertragene Geschäftsführung ausübt. Dieser Fall tritt häufig bei Familiengesellschaften auf, wenn die Geschäftsführung lediglich den Mitgliedern eines Stammes zustehen soll und ein volljähriges Mitglied dieses Stammes zur Zeit nicht vorhanden ist. Ebenso gehören hierher die Fälle, in denen persönlich haftender Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person, etwa eine GmbH, ist, deren Geschäftsführer gleichzeitig im Namen der Gesellschafter die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft wahrnimmt.

Sodann ist denkbar, daß ein geschäftsführender Gesellschafter willkürlich im Wege einer Spezial- oder Generalvollmacht einem Nichtgesellschafter die Ausübung seiner Befugnisse mit Zustimmung der Gesellschafter überläßt.

Als weitere Fallgruppe sind die Verwalter kraft Amtes oder kraft Gesetzes zu berücksichtigen, also etwa der Testamentsvollstrecker eines verstorbenen Gesellschafters-Geschäftsführers oder der verwaltungs- und nutznießungsberechtigte Ehemann einer geschäftsführenden Gesellschafterin nach altem Güterrecht oder der verwaltungsberechtigte Ehegatte einer Gütergemeinschaft nach neuem Güterrecht.

Schließlich ist auf die treuhänderische Verwaltung der Anteile eines geschäftsführenden Gesellschafters einzugehen.

In allen vier Fallgruppen wird die Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft von Personen wahrgenommen, die nicht Gesellschafter sind, die also nicht durch den Gesellschaftsvertrag mit den Gesellschaftern verbunden sind. Es soll nun untersucht werden, auf welche Weise diesen Nichtgesellschaftern die ihnen übertragenen Befugnisse von der Gesellschaft oder den übrigen Gesellschaftern gegen den Willen des Vollmachtgebers, Erben oder Treugebers wieder entzogen werden können, etwa weil ihre Arbeit unzulänglich erscheint oder weil sie zu schwierige Mitarbeiter sind. Die Entscheidung der mit dieser

Untersuchung verbundenen Probleme setzt eine Klärung des rechtlichen Verhältnisses des geschäftsführenden Nichtgesellschafters zum Gesellschafter-Geschäftsführer, zu dessen Mitgesellschaftern und zur Gesellschaft voraus. Die Ausübung der Geschäftsführung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft durch Nichtgesellschafter wird zwar nach heute allgemeiner Meinung für zulässig erachtet; für die unterschiedlichen zu behandelnden Fälle bedarf sie jedoch einer methodischen Klarlegung.

## II. DIE RECHTLICHE STELLUNG DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN NICHTGESELLSCHAFTERS

### A. SEINE STELLUNG ZUM GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRER

#### 1. Die organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis und ihre Ausübung durch Nichtgesellschafter

##### a) Der Grundsatz der Unübertragbarkeit von Mitgliedschaftsrechten

Für gewöhnlich wird die Mitgliedschaft in einer offenen Handelsgesellschaft in zwei voneinander untrennbare Sphären aufgeteilt, nämlich die vermögensrechtliche und die personenrechtliche Sphäre (7). Diese Unterteilung dient der Einordnung der verschiedenen aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Gesellschafter. Sucht man aber nach den die Mitgliedschaft beherrschenden Grundprinzipien, so zeigen sich vier Aspekte.

Für die Gestaltung des Inhalts eines Gesellschaftsvertrages läßt das Gesetz den Gesellschaftern grundsätzlich (a) Vertragsfreiheit (8). Auch die Rechte der Gesellschafter können grundsätzlich der Vertragsfreiheit unterstellt werden; sie sind nicht schlechthin von jeder Verfügung über ihre Rechte ausgeschlossen, wie aus § 717 Satz 2 BGB folgt. Verfügungsbeschränkungen können sich nur aus den drei anderen Grundprinzipien, dem (b) Gesamthandsprinzip, dem (c) Wesen der Mitgliedschaft und (d) dem Vertragsprinzip, ergeben.

Die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft wird weitgehend von dem Gesamthandsprinzip bestimmt. Es regelt die Zuständigkeit der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte und der Haftung für die Gesellschaftsschulden (9).

Die personenrechtliche Verbindung der Gesellschafter untereinander - sie betrifft die gemeinschaftlichen Angelegenheiten, die sich aus der Verfolgung des Gesellschaftszweckes ergeben - unterliegt den Beschränkungen, die sich aus dem Wesen der Mitgliedschaft herleiten. Der Begriff "Wesen der Mitglied-

---

(7) Vgl. etwa Düringer-Hachenburg-Geiler, Allg. Einleitung, Anm. 90 c; Staudinger-Keßler, § 705 Vorbem. 20; Siebert, in StbJb. 1955/56, S. 301, gliedert die Mitgliedschaft dagegen dreifach auf.

(8) Vgl. etwa Hueck in JZ 1952, S. 115; BGH in NJW 1960, S. 963.

(9) Vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S. 23.

schaft", oft auch als sozialrechtliche Bindung bezeichnet, bedarf der Ausfüllung (10). Die Personalgesellschaft verbindet zunächst widerstrebende Interessen von Einzelpersonen zur gemeinsamen Verfolgung eines Zweckes. Um diese Verbindung von Einzelinteressen, die nicht in die Form einer juristischen Person gekleidet werden, zu einem Gesamtinteresse zu sichern, bedarf es eines Gleichgewichts unter den Gesellschaftern, insbesondere hinsichtlich der Macht einzelner und der Haftung aller. Dies wird dadurch erreicht, daß die einzelnen Rechte zugleich als Pflichten ausgestaltet werden. So entspricht etwa der Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters dessen Pflicht zur Geschäftsführung. Die persönliche Haftung aller Mitglieder gewährleistet, daß Entscheidungen einzelner, mit Machtbefugnissen ausgestatteter Gesellschafter, etwa des vertretungs- oder geschäftsführungsbefugten Gesellschafters, nur im gemeinsamen Interesse gefällt werden. Dies führt dazu, daß es in der Gesellschaft keine Herrschaft ohne entsprechende Haftung geben kann und keine Haftung ohne ein Mindestmaß an Herrschaft, die letztlich nur im Stimmrecht liegen mag. Die offene Handelsgesellschaft insbesondere ist eine Interessen-, Vermögens- und Haftungsgemeinschaft nicht nur in dem Sinne, daß alle Mitglieder an dem Vermögen und an der Haftung unter gleicher Interessenausrichtung beteiligt sind, sondern auch dergestalt, daß Herrschaft und Haftung untrennbar in der jeweiligen Persönlichkeit des Mitglieds verbunden sein müssen (11). Werden Herrschaft und Haftung getrennt, wird insbesondere eine Machtbefugnis ohne entsprechende Haftung begründet, so verliert die persönliche Haftung der übrigen Gesellschafter ihre Rechtfertigung. Der Grundsatz der Selbstorganschaft, die Kontrolle der Rechtsausübung durch die eigene Beteiligung ist verletzt (12).

Schließlich schränkt das Vertragsprinzip die Vertragsfreiheit des einzelnen Gesellschafters ein. Alle Rechtsgeschäfte eines Gesellschafters, die in irgendeiner Weise auf seinen Anteil Bezug haben und eine Änderung der ursprünglichen Vertragssituation bewirken, können nur von allen Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen werden, sei es, daß sie einstimmig den Vertrag ändern, sei es, daß sie einem dem Vertrag nicht entsprechenden Handeln eines Gesellschafters zustimmen. Das Vertragsprinzip gelangt aber erst dann zur Anwen-

---

(10) Es handelt sich, der Einteilung bei Scheuerle, AcP Bd.163, S.429 (438), folgend, um ein interpretatives Wesensargument.

(11) Vgl. Siebert in Festschrift für Hueck, S.335; Müller-Erbach, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd.II, S.737 ff.

(12) Vgl. dazu auch Wiedemann, S.369 ff.

dung, wenn die erstrebte vertragliche Neugestaltung mit dem Gesamthand-  
sprinzip und dem Wesen der Mitgliedschaft vereinbar ist.

Dieser Einteilung entsprechen die verschiedenen vom Gesetz aufgestellten Ver-  
fügungsverbote. Aus dem Gesamthandssprinzip folgt das Verbot der Verfügung  
über den Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Ge-  
genständen (§ 719 Abs.1, 2. Alternative BGB). Da eine solche Verfügung der  
Rechtsnatur der Gesamthand widersprechen würde, kann dieses Verbot auch  
nicht vertraglich abbedungen werden (13).

Dem Gesamthandssprinzip widerspricht dagegen nicht die Verfügung über den  
Gesellschaftsanteil im ganzen (14), denn dieser Anteil ist nicht Gesellschafts-  
vermögen, sondern Privatvermögen des Gesellschafters. Die Übertragung des  
Gesellschaftsanteils widerspricht auch nicht dem Wesen der Mitgliedschaft.  
Herrschaft und Haftung werden nicht getrennt; der Übertragende scheidet aus  
beiden aus und der Übernehmer tritt in beide ein. Wenn § 719 Abs.1, 1.Alter-  
native BGB diese Verfügung gleichwohl verbietet, so folgt das aus dem Vertrags-  
sprinzip. Die Übertragung des Anteils insgesamt an einen Nichtgesellschafter  
würde eine Änderung des Vertragsverhältnisses bedeuten (15) oder eine Ände-  
rung des personenrechtlichen Teils des Gesellschaftsverhältnisses (16). Da so-  
mit weder das Gesamthandssprinzip noch das Wesen der Mitgliedschaft einer  
Übertragung entgegensteht, sondern allein das persönliche Band des Vertrages,  
bleibt es den Gesellschaftern überlassen, das Verbot des § 719 Abs.1, 1.Alter-  
native BGB abzubedingen (17).

Ein drittes Verfügungsverbot enthält § 717 Satz 1 BGB. Es folgt aus dem Wesen  
der Mitgliedschaft. Diesem Verbot unterfallen die Herrschafts- und Verwal-  
tungsrechte. Sie enthalten die Regeln, die bestimmen, wie und von wem die  
gemeinsamen Angelegenheiten wahrgenommen werden sollen und in welcher  
Weise der einzelne Gesellschafter hieran beteiligt sein soll (18). Auf diese  
Rechte gründen sich besondere Machtbefugnisse einzelner Gesellschafter. Sie  
sind mit dem Gesellschaftsanteil wegen der aus diesem folgenden Haftung not-

---

(13) Vgl. Staudinger-Keßler, § 717 Anm.1.

(14) arg. § 2033 BGB.

(15) So BGHZ 13, S.179 (183).

(16) So Staudinger-Keßler, aaO., Anm.3.

(17) Vgl. Staudinger-Keßler, aaO.; Enneccerus-Lehmann, § 177 III 2 (S.740);  
Erman-Schulze-Wenck, 3.Aufl., § 719 Anm.1 a; BGHZ 3, S.354 (357)  
mit zustimmender Anmerkung von Hueck in JZ 1952, S.115.

(18) Vgl. Larenz, Schuldrecht Bd.II, § 56 I c (S.288).

wendig verbunden und können nicht von ihm losgelöst werden. Wohl wurde früher vertreten, daß § 717 Satz 1 BGB ius cessans zum Gegenstand habe (19), die neue, gegenteilige Auffassung hat indes erkannt, daß § 717 Satz 1 BGB nicht allein den Schutz der Gesellschafter bezweckt, sondern einen allgemeinen Grundsatz des Gesellschaftsrechts formuliert (20).

Die Geschäftsführungsbefugnis gehört zu diesen Herrschafts- und Verwaltungsrechten. Sie ist demnach auf keinen Fall auf Nichtgesellschafter übertragbar. Eine Ausnahme vom Verbot der Übertragbarkeit kann nicht damit gerechtfertigt werden, daß die Geschäftsführung im wesentlichen tatsächliche Verrichtungen zum Gegenstand habe (21). Als geschäftliche Oberleitung ermöglicht sie, abgesehen von der Vertretungsbefugnis und dem Stimmrecht, den stärksten Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft. Auch steht dem nicht entgegen, daß ein Gesellschafter von einzelnen Herrschafts- oder Verwaltungsrechten ausgeschlossen werden kann. Darin liegt kein völliger Ausschluß von der Mitwirkung bei der Verwaltung oder eine Trennung von Herrschaft und Haftung, wie sich aus §§ 116 Abs.2 und 118 HGB ergibt. Es bleibt stets eine, wenn auch abgeschwächte, Form etwa der Mit-Geschäftsführungsbefugnis, die ja gerade die Abgrenzung zu den partiarischen Beteiligungsverhältnissen gestattet (22). Zum Wesen eines personenrechtlichen Verbandes gehört auch das gegenseitige Vertrauen in die Persönlichkeit und Arbeitskraft des einzelnen Mitglieds im Dienste des gemeinsamen Zweckes. Auch dieser Gesichtspunkt wird häufig zur Begründung der Unübertragbarkeit von Verwaltungsrechten herangezogen (23). Zwar ist dieser Vertrauensgedanke heute bereits abgeschwächt, da vielfach nicht mehr gegenseitiges Vertrauen, sondern haftungs- und steuerrechtliche Überlegungen bei der Gründung einer offenen Handelsgesellschaft maßgebend sind. Es kann auch nicht übersehen werden,

- 
- (19) Vgl. etwa RG in JW 1919, S.933; RG in LZ 1921, Sp.617; Oegg in BGB-RGRK, 10.Aufl., § 717 Anm.4; Enneccerus-Lehmann, § 177 III 1 (S.739).
- (20) Vgl. BGHZ 3, S.357; BGHZ 20, S.364; BGH in NJW 1960, S.963; Fischer in BGB-RGRK, 11.Aufl., § 717 Anm.10 unter Aufgabe der Ansicht der Voraufgabe; Siebert in StbJb. 1955/56, S.321.
- (21) Vgl. etwa Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 114 Anm.9; Staudinger-Keßler, § 713 Anm.1 und 6; Spitzbarth in BB 1962, S.852; dagegen ausdrücklich BGHZ 36, S.292 mit Anmerkung von Hueck in JZ 1962, S.362.
- (22) Vgl. Isele, S.50.
- (23) Vgl. etwa Schütte, S.24.

daß auch einem Nichtgesellschafter seitens der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft Vertrauen hinsichtlich Arbeitskraft und besonderer Fähigkeiten zur Förderung des Gesellschaftszweckes entgegengebracht werden kann. Es fehlt indes die dieses Vertrauen rechtfertigende und sichernde persönliche Mithaftung des Nichtgesellschafter, so daß dieses Vertrauen in die Verfolgung des gemeinsamen Zweckes bei der Führung der Geschäfte nur bei einem Gesellschafter wirklich begründet sein kann.

#### b) Der Grundsatz der Übertragbarkeit der Rechtsausübung

Unübertragbarkeit eines Rechtes bedeutet das Verbot des Wechsels des Rechtssubjektes (24). Unübertragbarkeit bedeutet dagegen nicht, daß das Recht nur von seinem Inhaber ausgeübt werden könne. Vielmehr ist die Rechtsausübung grundsätzlich nicht an die Person des Rechtsinhabers geknüpft (25); sie kann an dritte Personen überlassen werden. Zunächst stellt eine Überlassung der Ausübung keine Verfügung über das Recht dar (26), denn weder wird durch sie das Recht unmittelbar übertragen oder inhaltlich geändert noch wird es belastet oder aufgehoben. Weiterhin erfolgt durch die Überlassung der Rechtsausübung kein Wechsel des Rechtssubjektes, die Rechtsordnung nimmt dem Überlassenden nichts von seinem Recht, seine Stellung als Inhaber des Rechtes bleibt unberührt. So sieht denn Zitelmann (27) die Überlassung nur als eine andere Art der Selbstaussübung, die innerhalb der Inhaltsgrenzen eines Rechtes liegt, selbst wenn das Recht selbst nicht übertragbar ist. Bei der Ausübung bleibt Rechtssubjekt der Gesellschafter, Willens- und Handlungssubjekt ist dagegen der Nichtgesellschafter.

Das Ausübungsrecht des Dritten enthält zwar keine Befugnis, die nicht auch das Ursprungsrecht enthält, es enthält aber nicht alle Befugnisse dieses Rechts (29).

---

(24) Vgl. Crome, S.313.

(25) arg. § 857 Abs.3 ZPO; vgl. v.Tuhr, S.551; Ludewig, S.34; Enneccerus-Nipperdey, § 75 II (S.445); Zitelmann in AcP Bd.99, S.68 ff.

(26) v.Tuhr, S.552.

(27) aaO.

(28) Vgl. dazu auch die neueren Untersuchungen zum Einheitsbegriff der Vertretung von Müller-Freienfels, S.5 und Siebenhaar, in AcP Bd.162, S.354 ff., der den Abschluß eines Rechtsgeschäfts unter Bestellung eines Vertreters als eine individuelle Art des Selbstabschlusses sieht.

(29) Vgl. Hirsch, S.170 und BGHZ 3, S.357 (358).

so etwa auch nicht den organschaftlichen Charakter des Ursprungsrechts. Die Ausübungsüberlassung kann daher als Oberbegriff der Stellvertretung und Ermächtigung angesehen werden (30); welches Rechtsinstitut im Einzelfall durchgreift, wird zu untersuchen sein. Ebenso wie bei Stellvertretung und Ermächtigung bleibt der Überlassende stets selbst zur Ausübung seines Rechtes befugt (31). Zitelmann (32) nennt nur zwei Fälle, in denen eine Überlassung unmöglich sei; einmal wenn dies aus der Inhaltsgestaltung des subjektiven Rechts hervorgehe, weil die kraft des Rechts vorzunehmenden Handlungen von der Art seien, daß sie ohne Wesensänderung von einem Dritten nicht vorgenommen werden könnten und zweitens, wenn die Unmöglichkeit der Ausübungsüberlassung besonders im Gesetz angeordnet sei.

§ 717 Satz 1 BGB verbietet nur die Verfügung über die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Ansprüche. Da die Überlassung der Ausübung aber nicht Verfügung über das Recht ist, läßt sich ein gesetzliches Verbot der Überlassung nicht aufstellen.

Gegen die Zulässigkeit der Ausübungsüberlassung der Befugnisse eines Gesellschafter-Geschäftsführers könnte daher lediglich das Wesen dieser Befugnisse sprechen. Schließt also weder das Gesamthandsprinzip noch das Wesen der Mitgliedschaft eine Ausübung der Befugnisse durch einen Nichtgesellschafter aus, so unterliegt die Überlassung dem Vertragsprinzip und wäre somit zulässig. Der gemeinsame Verwaltungs-, Haftungs- und Nutzungszweck verbietet die Ausübung der Verwaltung durch einen Nichtgesamthänder solange nicht, als dadurch die rechtliche Stellung des Gesamthänders, seine gebundene Verfügungsmacht und seine Mithaftung, nicht beeinträchtigt wird. Auf diese Position des Mitgesamthänders hat die Überlassung der Ausübung aber keinen Einfluß; das Gesamthandsprinzip steht somit der Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Außenstehenden nicht entgegen.

Als Wesen der Mitgliedschaft wurde die Interessen-, Vermögens- und Haftungsgemeinschaft verstanden, und zwar in dem Sinne, daß Herrschaft und Haftung untrennbar sind. Diese dreifache Gemeinschaftlichkeit wird nicht dadurch gestört, daß ein Nichtgesellschafter die Befugnisse des Gesellschafter-Geschäftsführers ausübt, da der Gesellschafter selbst durch die Überlassung der Ausübung nichts von seinen Befugnissen einbüßt, er also weiter zur Selbst-

---

(30) Vgl. Ludewig, S.31; Heinemann, S.376.

(31) Vgl. Staudinger-Coing, Vorbem.75 zu § 164; vgl. auch BGHZ 20, S.363.

(32) aaO.

ausübung berechtigt bleibt und seine Mithaftung nicht eingeschränkt wird. Die Handlungen des geschäftsführenden Nichtgesellschafters gelten rechtlich - also auch den Mitgesellschaftern gegenüber - als die Handlungen des Gesellschafter-Geschäftsführers selbst (33). Die weiter bestehende Mithaftung des überlassenden Gesellschafters beläßt den Mitgesellschaftern auch die Garantie für die Ausübung der Geschäftsführung im gemeinschaftlichen Interesse; sie können darauf vertrauen, daß der Gesellschafter die Geschäftsführungshandlungen durch seinen Gehilfen so vornehmen lassen wird, wie er es selbst tun und verantworten könnte. Zwar besteht für die Personalhandelsgesellschaften der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsausübung (34), doch gehört zum Wesen der offenen Handelsgesellschaft nicht die Arbeitsgemeinschaft. Sie ist wohl im Zweifel anzunehmen (35), dient aber allein dem Schutz der Gesellschafter (36) und unterliegt so dem Vertragsprinzip.

Im Verfolg der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Stimmrechtsvollmacht (37) wird man die Ausübungsüberlassung allerdings dann als unzulässig ansehen müssen, wenn unter Beachtung zwar der formellen Voraussetzungen, materiell jedoch der Zweck eines Wechsels des Rechtsträgers erreicht wird und der Gesellschafter sich der Herrschaft begibt. Das wird der Fall sein, wenn die Ausübung der Geschäftsführung unwiderruflich überlassen wird unter gleichzeitigem Verzicht auf die eigene Ausübung durch den Gesellschafter. Ein solches Vorgehen würde der Umgehung der Schranken dienen, die das Wesen der Mitgliedschaft der Vertragsfreiheit der Gesellschafter setzt (38).

## 2. Die Bevollmächtigung

### a) Die willkürliche Bevollmächtigung

Über § 713 BGB findet hinsichtlich der persönlichen Ausübung der Geschäftsführung § 664 Abs. 1 BGB Anwendung, und es fragt sich, wenn die "im Zwei-

---

(33) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 114 Anm.3.

(34) Vgl. Schilling, S.213; Siebert, Festschrift für Hueck, S.335; ders. in StbJb.1955/56, S.321; Schlegelberger-Geßler, § 109 Anm.10; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S.99.

(35) § 713 mit § 664 Abs.1 Satz 1 BGB.

(36) Hueck, aaO., S.85; Fischer in BGB-RGRK, 11. Aufl., § 717 Anm.11; Siebert, StbJb.1955/56, S.321; BGH in NJW 1957, S.180. A.A. Merkel,

fel"-Regelung nicht eingreift, in welcher Form die Ausübung der Befugnisse des Gesellschafter-Geschäftsführers durch einen Nichtgesellschafter möglich ist. § 664 BGB spricht von der "Übertragung der Ausführung", der sogenannten Substitution. Isele (39) sieht darin eine privative Übertragung der Geschäftsbesorgermacht im ganzen an den Dritten, und zwar dergestalt, daß damit der bisherige Geschäftsbesorger (Gesellschafter-Geschäftsführer) aus seiner Rechtsstellung, aus seinen Machtbefugnissen, Rechten und Pflichten ausscheidet (40). Die neuere Literatur (41) stellt - ohne dadurch einen sachlichen Unterschied herbeizuführen - die Verteilung der Verantwortung in den Vordergrund. Der "Substitut" des § 664 Abs.1 Satz 2 BGB übernimmt die Ausführung des Auftrags zu eigener Verantwortung; er übernimmt die Geschäftsführungspflicht und tritt insoweit an die Stelle des Erstbeauftragten. Diese Auffassung widerspricht indes dem geschilderten Wesen der Mitgliedschaft, es sei denn, daß der Dritte Angestellter der Gesellschaft wäre und ihren Weisungen unterliegen würde. Dieser Fall soll aber hier nicht untersucht werden. Die Betrauung eines Dritten unter eigener Befreiung von der Geschäftsführungspflicht durch den Gesellschafter-Geschäftsführer trennt Herrschaft und Haftung. Die Verantwortung trägt nach dieser Konzeption nicht ein Gesellschafter, sondern ein Außenstehender, dessen Handeln also auch nicht durch die Mithaftung gesichert ist (42).

Es bleibt daher lediglich eine Gehilfenschaft des Dritten, die dem Gesellschafter-Geschäftsführer die eigene Verantwortung, seine Geschäftsbesorgermacht (Isele) belassen muß. Auch hier stellt sich die Frage nach der Form einer solchen Gehilfenschaft. Die Literatur spricht durchweg von einer Bevollmächtigung des Dritten (43). Bei einer näheren Untersuchung des Inhalts der Ge-

---

in MDR 1963, S.102, der die persönlichkeitsbezogene Arbeitsgemeinschaft als Wesenselement der offenen Handelsgesellschaft ansieht.

(37) Vgl. BGHZ 3, S.357 und in JZ 1960, S.490.

(38) Vgl. Siebert, StbJb.1955/56, S.322.

(39) S.107.

(40) Vgl. auch RGZ 161, S.73.

(41) Staudinger-Nipperdey, § 664 Anm.6; Larenz, Schuldrecht Bd.II, § 52 II (S.258); Enneccerus-Lehmann, § 44 IV (S.198); Erman-Hauß, 3.Aufl., § 664 Anm.1.

(42) A.A. wohl Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., S.100; ders. in JZ 1962, S.362.

(43) Vgl. etwa Siebert, StbJb.1955/56, S.321; Hueck, aaO.; Schlegelberger-Geßler, § 114 Anm.14.

schäftsführungsbefugnis ergeben sich jedoch Bedenken gegen diese Einordnung. Als Regelung des Innenverhältnisses hat die Geschäftsführung eine Reihe sehr verschiedener Handlungen zum Gegenstand. Sie umfaßt einmal das Recht und die Pflicht zu Handlungen nicht-rechtsgeschäftlicher Art, sogenannter Tat-handlungen, wie die Betriebsleitung oder die Führung der Bücher. Zur Vornahme solcher Handlungen kann ein Dritter weder bevollmächtigt noch ermächtigt werden, da sich diese Institute nur auf das Einwirken auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft beziehen. Selbst nach der Erfüllungstheorie von Lehmann (44) und Danckelmann (45) handelt es sich bei der Erfüllung dieser Pflichten nicht um einen Erfüllungsvertrag, also ein Rechtsgeschäft, sondern um tatsächliche Bewirkungen der Leistung. Andererseits umfaßt die Geschäftsführung auch die Befugnis zur Abgabe einseitiger Willenserklärungen, Gestaltungsrechte also, wie das Widerspruchsrecht nach § 115 Abs.1 HGB oder die Zustimmung nach § 115 Abs.2 HGB, sowie - als Korrelat zur Vertretungsmacht - die interne Befugnis zum Abschluß von Rechtsgeschäften. Die Geschäftsführung ist also ein Komplex tatsächlicher und rechtsgeschäftlicher Handlungen (46), deren Überlassung an einen Dritten daher nicht unter einen einheitlichen Begriff der Vollmacht oder Ermächtigung gefaßt werden kann.

Zur Vornahme der tatsächlichen Handlung kann der Gesellschafter-Geschäftsführer den Dritten daher lediglich beauftragen oder einen Dienstvertrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag mit ihm abschließen, je nach dem Umfang, dem Zweck und der Einzelausgestaltung der Befugnisse, die dem Dritten zustehen sollen. Er darf sich dabei jedoch nicht der eigenen Verantwortung und eigenen Rechtsmacht begeben. Es muß stets sichergestellt sein, daß der Dritte ein für ihn fremdes Geschäft besorgt.

Auch bei den Gestaltungsrechten des § 115 HGB nimmt der Dritte fremde Rechte wahr. Hierzu muß ihn der Gesellschafter-Geschäftsführer bevollmächtigen oder ermächtigen. Welches der beiden Rechtsinstitute möglich ist, ist wiederum am Wesen der Mitgliedschaft zu prüfen. Hier ist bedeutsam, daß der Ermächtigte im eigenen Namen auftritt, also nicht anstelle eines anderen handelt. Vielmehr treffen die Vor- und Nachteile des Geschäftes den Ermächtigten, lediglich bestimmte einzelne Rechtsfolgen hinsichtlich des betroffenen

---

(44) in Enneccerus-Lehmann, § 60 II (S.251 f.).

(45) in Palandt-Danckelmann, § 362 Anm.1.

(46) Vgl. Larenz, Schuldrecht Bd.II, § 56 III a (S.297); Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.80.

Rechtes treffen den Ermächtigenden (47). Der Ausübungsberechtigte kann aber nur in fremdem Namen, anstelle des Gesellschafter-Geschäftsführers, mit voller Wirkung seiner Handlungen für und gegen diesen handeln. Das schließt die Möglichkeit einer Ermächtigung aus und bestimmt die Bevollmächtigung zum geeigneten Rechtsinstitut hinsichtlich der Drittausübung der Gestaltungsrechte des Geschäftsführers (48). Die interne Befugnis des Gesellschafter-Geschäftsführers zum Abschluß von Rechtsgeschäften wird für die Fälle einer Ausübung nur bedeutsam, wenn der Gesellschafter eine entsprechende Vertretungsmacht besitzt und die Betrauung des Dritten auch die Vertretung der Gesellschaft nach außen umfassen soll. Es sind dies keine Fragen der Ausübung der Geschäftsführung mehr, sondern es haben die Regeln der Vertretungsbefugnis zu gelten, also etwa, inwieweit der Gesellschafter-Geschäftsführer zur Bestellung von Untervertretern berechtigt ist (49).

Die Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis durch einen Nichtgesellschafter ist lediglich eine Modalität der Selbstausübung (50). Die Legitimation des Dritten den übrigen Gesellschaftern gegenüber hängt also davon ab, ob dem Gesellschafter-Geschäftsführer diese Art der Selbstausübung gestattet ist. Durch den Auftrag oder die Vollmacht wird der Nichtgesellschafter zunächst seinem Auftrag- oder Vollmachtgeber gegenüber legitimiert. Liegt die Ausübung durch einen Nichtgesellschafter im Rahmen der Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafter-Geschäftsführers, der, wie im vorangehenden Kapitel aufgezeigt, so weit gesteckt werden kann, so ist der Nichtgesellschafter dadurch gleichzeitig den übrigen Gesellschaftern gegenüber legitimiert. Es ist dies keine eigene Legitimation des Dritten, sondern - er besorgt ein fremdes Geschäft mit Fremdzurechnung - die Legitimation seines Auftraggebers.

Wie weit der Gesellschafter-Geschäftsführer die Ausübungsberechtigung des Nichtgesellschafters im einzelnen ausgestaltet, ist unerheblich; sie kann allein auf die Vornahme der tatsächlichen Handlungen beschränkt sein, kann

---

(47) Vgl. Staudinger-Coing, Vorbem. 63 a zu § 164.

(48) Vgl. zur Unterscheidung zwischen der Drittausübung von tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Handlungen v. Tuhr, S. 552.

(49) Es empfiehlt sich, im folgenden im Gegensatz zu der Literatur nicht vom bevollmächtigten, sondern vom ausübungsberechtigten Nichtgesellschafter oder kurz von der Drittausübung zu sprechen, da dieser Begriff - anders als der der Bevollmächtigung - auch die Betrauung mit Aufgaben rein tatsächlicher Art umfaßt.

(50) vgl. oben S. 10.

darüber hinaus die Berechtigung zur Abgabe einseitiger Willenserklärungen enthalten und schließlich, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer zugleich Vertreter der Gesellschaft ist und insoweit eine Drittausübung zulassen will, auch die interne Befugnis zum Abschluß von Rechtsgeschäften zum Gegenstand haben. Man wird hier in der Regel von einer Generalvollmacht sprechen können, da sich die Befugnis des Dritten meist auf alle Geschäfte, die die Gesellschafterstellung des Prinzipals mit sich bringt, erstreckt (51).

Enthält die Ausübungsüberlassung gleichzeitig eine Vollmacht, so erhebt sich die Frage, ob diese Vollmacht als Prokura oder doch zumindest in der Form einer Handlungsvollmacht erteilt werden muß. Der persönlich haftende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ist Kaufmann (52). Die von einem Kaufmann im Bereich seines Handelsgewerbes erteilte Vollmacht kann aber nur Prokura oder Handlungsvollmacht sein (53). Der persönlich haftende Gesellschafter ist aber nur in dieser besonderen Eigenschaft Kaufmann; nur in dieser Eigenschaft betreibt er ein Handelsgewerbe. Es ist dies nicht sein eigenes Gewerbe, sondern das der Gesellschaft. Soll daher ein Geschäft zum Handelsgewerbe des Gesellschafter-Kaufmanns gehören, so muß es ein Geschäft der Gesellschaft sein. Solange der Gesellschafter-Kaufmann ein Geschäft also nicht für die Gesellschaft, sondern für sich abschließt, gehört es nicht zu seinem Handelsgewerbe (54). Die Überlassung der Ausübung, auch wenn sie eine Vollmacht enthält, ist aber kein Geschäft der Gesellschaft. Den Auftrag oder die Vollmacht erteilt der Gesellschafter-Geschäftsführer im eigenen Namen, er handelt insoweit nicht als Vertreter der Gesellschaft, nicht als Gesellschafter-Kaufmann. Er unterliegt daher auch nicht dem Typenzwang des Handelsrechts; die Rechtsfolgen der §§ 49 und 54 HGB treten nicht ein. Der diesen Vorschriften zugrunde liegende Gedanke des Verkehrsschutzes wird nicht berührt, da die Ausübungsüberlassung - jedenfalls soweit sie sich nur auf die Geschäftsführungsbefugnisse erstreckt - keinerlei Außenwirkung zeigt, sondern allein im Innenverhältnis Regelungen trifft.

Etwas anderes muß freilich gelten, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer gleichzeitig Vertreter der Gesellschaft ist und einem Nichtgesellschafter auch die nach außen wirkende Vertretungsbefugnis einräumen will.

---

(51) Zur Ausgestaltung der Generalvollmacht vgl. Spitzbarth, BB 1962, S. 851 ff.

(52) Vgl. BGH in L/M Nr. 1 zu § 406 HGB; Schlegelberger-Hildebrandt, § 1, Anm. 22; Kurz, S. 56 f.

(53) Vgl. Würdinger in RGR-Komm. zum HGB, Vorbem. zu § 48, 1. Absatz.

(54) BGH, aaO.; vgl. auch RGZ 119, S. 64 (67) und Kurz, S. 70.

## b) Der Testamentsvollstrecker

Es ist im einzelnen nicht unbestritten, wie sich die Mitgliedschaft in einer Personalhandelsgesellschaft vererbt. Die mit einer Zulassung der Vererblichkeit verbundenen zahlreichen Probleme des Erbrechts und des Gesellschaftsrechts müssen hier unberücksichtigt bleiben. Es ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß die Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft durch eine entsprechende vertragliche Erbnachfolgeklausel zu einem auch gesellschaftsrechtlich einheitlich vererblichen Rechtsgut gemacht werden kann (55). Mit der Mitgliedschaft geht auch die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis auf den Erben über, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges bestimmt (56).

Äußerst umstritten ist die Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung an einer zum Nachlaß gehörigen Mitgliedschaft. Aber auch hier ist, jedenfalls soweit es die möglichen Formen einer Testamentsvollstreckung angeht, der herrschenden Meinung zu folgen, zumal auch die Kritiker dieser Ansicht keine anderen Lösungen anbieten. Einigkeit besteht wohl insoweit, als die erbrechtliche Testamentsvollstreckung in der Form der hier allein interessierenden Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 Satz 1, 2. Halbsatz BGB) auf die Verwaltung des Gesellschaftsanteils nicht anwendbar ist. Das wird hauptsächlich aus zwei Gründen gefolgert. Verwaltet der Testamentsvollstrecker den Nachlaß des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft als Amtstreuhand, so können weder er noch die Erben im Handelsregister eingetragen werden (57). Zum anderen erstreckt sich seine Verpflichtungsbefugnis nur auf den Nachlaß; den Erben kann er nicht persönlich verpflichten. Das führt aber zu einer mit dem Recht der offenen Handelsgesellschaft unvereinbaren beschränkten Haftung. Nach herrschender Meinung ist dem Testamentsvollstrecker daher jeglicher Einfluß auf die Rechte und Pflichten, die dem Erben aus der Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft erwachsen, entzogen (58).

Neuerdings hat Wiedemann (59) die Unzulässigkeit der Testamentsvollstrek-

---

(55) Vgl. hierzu BGHZ 22, S. 186; Siebert, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft, insbes. S. 20 ff.; ders. in Festschrift für Hueck, S. 325 und Note 14.

(56) Vgl. Merkel in MDR 1963, S. 102; Fischer in BB 1956, S. 839; Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 213; BGH in MDR 1959, S. 104.

(57) Vgl. etwa Bartholomeyczik, aaO., S. 263; Baur, S. 249 f.

(58) Vgl. RGZ 170, S. 393; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesell-

kung im Recht der Personalgesellschaften mit einer Analogie zum Ausschluß der Konkursverwaltung in der werbenden Gesellschaft begründet. Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker, so argumentiert Wiedemann, dienten als Amtsverwalter außergesellschaftlichen Belangen. Dafür sei in der Haftungs- und Arbeitsgemeinschaft der Gesellschaft aber kein Raum. Der willkürliche Bevollmächtigte und der gesetzliche Vertreter seien im Gegensatz dazu berufen, im richtig verstandenen Interesse des Vertretenen tätig zu werden. Der damit angesprochene Gedanke der Interessenparallelität überzeugt indes nicht völlig. Einmal ist auch der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen fremdem Zugriff ausgesetzt (§ 859 ZPO), er dient im Falle der Pfändung außergesellschaftlichen Interessen, der Pfandgläubiger ist sogar berechtigt, die Gesellschaft zu kündigen. Andererseits ist auch der gesetzliche Vertreter bei der Wahrnehmung der Mündelinteressen, die an das Gemeinschaftsinteresse gebunden sind, nicht frei; der gesetzliche Vertreter hat kraft Familienrecht im Interesse des Mündels zu handeln und allenfalls erst mittelbar im Interesse der Gesellschaft. Dem Ergebnis Wiedemanns ist jedoch zuzustimmen.

Unter weiter Zustimmung im Schrifttum (60) hat der Bundesgerichtshof ausgehend von der Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 172, S.205 und Hueck (61), zwei abgewandelte Formen der Testamentsvollstreckung an der Mitgliedschaft entwickelt, die Übertragung der Gesellschafterstellung an den Testamentsvollstrecker zu treuhänderischem Vollrecht, die in einem späteren Abschnitt zu behandeln sein wird, und die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers durch den Erben zur Wahrnehmung der persönlichen Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters und zu dessen unbeschränkter persönlicher Verpflichtung (62).

Hauptziel der Angriffe gegen die herrschende Meinung ist die Frage, ob der Erbe durch den Erblasser zu einer Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers im Wege einer Auflage oder Bedingung gezwungen werden kann. Diese Frage kann hier nicht entschieden werden, zumal auch die Möglichkeit einer

---

schaft, 3. Aufl., S.304; Bartholomeyczik, aaO., S.266; Staudinger-Dittmann, § 2205, Anm.62; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 139 Anm.12. (59) S.339.

(60) Vgl. die Nachweise bei Siebert, Festschrift für Hueck, Note 24 und bei Baur, Note 1.

(61) in ZHR Bd.108, S.30.

(62) BGHZ 12, S.100 ff. = NJW 1954, S.636 = BB 1954, S.172 = DNotZ 1954, S.270.

freiwilligen Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers durch den Erben bejaht wird und sich die Problematik damit auf die Frage der Drittausübung allein konzentriert (63).

Das Gesellschaftsrecht verlangt, daß Herrschaft und Haftung auch durch die Testamentsvollstreckung nicht getrennt werden. Der Erbe wird mit dem Erbfall Gesellschafter; er haftet über den Nachlaß hinaus persönlich und unbeschränkt. Die Herrschafts- und Verwaltungsrechte stehen ihm zu. Im Gegensatz zur treuhänderischen Übertragung der Mitgliedschaft an den Testamentsvollstrecker ist es bei der Testamentsvollstreckung kraft Vollmacht nicht möglich, dem Erben die Verwaltung des Nachlasses zu entziehen. Der Erbe kann sich durch die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers nicht seiner eigenen Ausübungsbefugnis begeben.

Die Testamentsvollstreckung entzieht dem Erben die Verwaltung des Nachlasses. Bei der Vollmachtserteilung bleibt der Vollmachtgeber, also der Erbe, stets zu eigener Geschäftstätigkeit befugt. Hierin liegt in der Tat ein Widerspruch. Baur (64) glaubt, diese Bedenken mittels einer Auflage beseitigen zu können, die dem Erben die eigene Geschäftstätigkeit untersagt (65). Eine solche Auflage kann nur im Verhältnis Erbe - Testamentsvollstrecker wirksam sein, nicht jedoch gegenüber den Gesellschaftern. Zwar verlangt das Wesen der Mitgliedschaft nicht, daß der Gesellschafter, also hier der Erbe, auch tatsächlich seine Herrschaft persönlich ausübt, doch verbietet es, ihm die rechtliche Möglichkeit zu entziehen, jederzeit und ohne Beschränkung des Umfangs seine Herrschaft persönlich ausüben zu können. Der Widerspruch besteht nur, wenn man die Testamentsvollstreckung allein vom Erbrecht her sieht und die Auslegung des Bundesgerichtshofes im 12. Band, S. 100, als eine Form der ausschließlich erbrechtlichen Testamentsvollstreckung erfaßt, während auf der anderen Seite das Gesellschaftsrecht steht. Stellt man sich auf diese beiden Gegenpole, so sind Widersprüche unvermeidbar. Das Recht der Testamentsvollstreckung, wie es in den §§ 2197 ff. BGB seinen Niederschlag gefunden hat, ist seiner Ausgestaltung nach auf den individualrechtlichen Verkehr zugeschnitten, allenfalls noch auf partiarische Rechtsverhältnisse. Die neuen Erkenntnisse zum Wesen der Mitgliedschaft konnte es nicht berücksichtigen. Man muß sich daher vor Augen halten, daß der Bundesgerichtshof im

---

(63) Vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S. 304; Lange, S. 304; Siebert, Festschrift für Hueck, S. 331; Wiedemann, S. 347.

(64) S. 257.

(65) Ähnlich Staudinger-Dittmann, § 2205, Anm. 64.

Wege des Richterrechts eine neue Form der Testamentsvollstreckung geschaffen hat, die wohl Teile des Erbrechts übernimmt, im wesentlichen aber am Gesellschaftsrecht ausgerichtet ist. Man spricht daher auch von der "mittelbaren Testamentsvollstreckung" im Gesellschaftsrecht (Siebert).

In dieser Sicht stellt sich auch nicht die Alternative Baur (66), daß es sich entweder um einen Testamentsvollstrecker oder um einen Bevollmächtigten handelt, nicht aber um einen Bevollmächtigten, der auch Testamentsvollstrecker ist. Auch erscheint es nicht systemwidrig, wenn das Auftreten des Testamentsvollstreckers nach außen sich nach Vollmacht oder Treuhandschaft bestimmt, während sich das Innenverhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker nach dem Recht der Testamentsvollstreckung richtet (67). Das Testamentsvollstreckerrecht des Gesellschaftsrechts ist eine Verbindung aus erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. Wie weit und in welchem Umfang die beiden Rechtsgebiete ineinander greifen, kann hier über den Rahmen des speziellen Themas hinaus nicht untersucht werden. Als Leitmotiv muß aber gelten, daß der Erbe jederzeit durch eine Anordnung der gesellschaftsrechtlichen Testamentsvollstreckung in seinen Rechten eingeschränkt werden kann; soweit jedoch die übrigen Gesellschafter durch diese Einschränkungen berührt werden und das Vertragsprinzip keine anderweitige Regelung zuläßt (68), können die Einschränkungen der Testamentsvollstreckung den Gesellschaftern gegenüber nicht wirksam sein.

Ebenso wie ein Nichtgesellschafter willkürlich zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte berechtigt werden kann, ist es auch dem Testamentsvollstrecker gestattet, diese Rechte wahrzunehmen, wenn der Erbe ihm auf dem im vorangehenden Abschnitt aufgezeigten Weg die Ausübung überläßt (69). Nicht behindert durch die Testamentsvollstreckung werden dagegen die Rechte des Erben aus

---

(66) S. 256.

(67) Vgl. Baur, S. 258; ablehnend Bartholomeyczik, aaO., S. 265.

(68) Das betrifft zum Beispiel die Zulassung der Testamentsvollstreckung im allgemeinen.

(69) So Richardi, S. 45; Staudinger-Dittmann, § 2205, Anm. 64; a.A. Bartholomeyczik, aaO., S. 266; Schilling, S. 215; Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 139 Anm. 13; einschränkend Wiedemann, S. 347, der, jedenfalls soweit der Erbe dazu gezwungen werden kann, Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht von der Bevollmächtigung ausnimmt.

§ 139 HGB; diese kann der Testamentsvollstrecker nicht ausüben (70). Diese Rechte gehören nicht zum Nachlaß, sondern entstehen mit dem Erbfall, ähnlich wie das Ausschlagungsrecht, dem Erben persönlich. Er kann diese Rechte zwar durch einen Bevollmächtigten ausüben lassen, die Testamentsvollstrecker-vollmacht erstreckt sich jedoch nicht darauf.

Die Ansicht Baur's (71), bei der Bevollmächtigung könne es sich nur um eine Prokura oder Handlungsvollmacht handeln, mag für den Fall des Einzelkaufmannes zutreffen. Für die Bevollmächtigung durch den Gesellschafter-Erben gilt sie indes nicht, jedenfalls solange keine Überlassung der Vertretungsmacht in Frage kommt (72).

### c) Das güterrechtliche Verwaltungsrecht

Es hat sich gezeigt, daß die Testamentsvollstreckung zu Recht mit der willkürlichen Bevollmächtigung gemeinsam abgehandelt wurde, da beide Fallgruppen, was das Gesellschaftsrecht betrifft, gleichliegen. Es fragt sich daher, ob ein anderer Fall gesetzlicher Verwaltung nicht ebenfalls im Gesellschaftsrecht nur über den Umweg der Bevollmächtigung zulässig ist, nämlich die Verwaltung des zum eingebrachten Gut gehörenden Gesellschaftsanteils einer Ehefrau durch den Ehemann nach dem alten Güterrecht. Diese Frage hat nicht allein historische Bedeutung, sondern sie besitzt, als Übergang von willkürlicher Bevollmächtigung zu den Tatbeständen der gesetzlichen Vertretung auch systematischen Rang.

Es lassen sich drei Standpunkte der Meinungen aufzeigen. Nach der ersten Ansicht übt der Mann die Geschäftsführungsbefugnis aus eigenem Recht für die Frau aus, womit sich die übrigen Gesellschafter abfinden müssen (73). Hiergegen läßt sich vorbringen, daß die Ehefrau als Gesellschafterin nach Gesellschaftsrecht zur persönlichen Erfüllung ihrer aus dem Gesellschaftsvertrag entspringenden Pflichten verpflichtet ist und daß die Mitgesellschafter sich eine Ausübung durch einen Außenstehenden nicht gefallen zu lassen brauchen (74).

---

(70) So Bartholomeyczik, aaO.; Staudinger-Dittmann, aaO., Anm.65; Richardi, S.73; unklar Enneccerus-Kipp-Going, § 68 III 2 c (S.301).

(71) S.258.

(72) s.o. S.16.

(73) So Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 114 Anm.6 und § 118 Anm.4; Heymann-Kötter, § 118 Anm.1; RG in LZ 1930, Sp.246.

(74) Vgl. auch die allgemeine Regelung des § 267 BGB.

Diese Lösung verstößt gegen das Wesen der Mitgliedschaft und gegen das Vertragsprinzip.

Einer anderen Ansicht nach soll der Ehemann, vorausgesetzt, daß der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht, an die Stelle der Frau treten und deren Mitwirkungsrechte kraft seines eigenen gesetzlichen Verwaltungsrechtes wahrnehmen (75). Diese Lösung berücksichtigt das Vertragsprinzip, insoweit begehen ihr also keine Bedenken. Es bleibt auch deutlich, daß dem Ehemann keinerlei organschaftliche Stellung zukommt, da er kraft seines eigenen gesetzlichen Verwaltungsrechtes handelt. Es werden aber die güterrechtlichen Befugnisse des Ehemannes von der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages abhängig gemacht. Unklar bleibt, auf welche Weise, allein durch eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Bestimmung, ein eigenes Recht des Mannes an die Stelle eines eigenen Rechtes der Frau treten soll. Es bedeutet dies nichts anderes, als daß die Frau von ihren Rechten ausgeschlossen wird, jedoch weiterhin persönlich haftet, also eine Trennung von Herrschaft und Haftung herbeigeführt wird. Gemäß § 1380 BGB a.F. konnte der Mann die Rechte der Frau sogar im eigenen Namen geltend machen. Dies verstößt aber gegen das Wesen der Mitgliedschaft. Soweit die Ausübung durch den Mann nicht allein tatsächliche Handlungen zum Gegenstand hat, steht dieser Lösung außerdem § 1375 BGB a.F. entgegen, wonach der Ehemann auch im Rahmen des früheren gesetzlichen Güterstandes die Frau nicht ohne ihre Zustimmung durch Rechtsgeschäft verpflichten konnte.

Das Wesen der Mitgliedschaft, der Grundsatz der Untrennbarkeit von Herrschaft und Haftung, aber auch das enge Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander erfordern, daß die zum eingebrachten Gut gehörenden Gesellschafterrechte der Frau nicht unter das Verwaltungsrecht des Mannes fallen, sondern von der Frau selbst auszuüben sind. Das schließt wiederum nicht aus, daß die Ehefrau dem Ehemann die Ausübung ihrer Rechte in der geschilderten Weise überlassen kann, wenn der Gesellschaftsvertrag dem nicht entgegensteht. Der Ehemann macht dann kein eigenes Recht geltend, sondern die Rechte der Ehefrau in deren Namen (76).

---

(75) So vor allem OGHZ 1, S.33 und im Anschluß daran Erman-Gerstberger, 2.Aufl., § 1374 Anm.2 und Baumbach-Duden, 17.Aufl., § 114 Anm.2 D.

(76) Vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., S.193; ders. in SJZ 1948, Sp.757; Gogos, S.75; Glitsch, S.185; Düringer-Hachenburg-Geiler, Allg.Einleitung, Anm.77 a; Ullmann in JW 1902, S.49; OLG Celle in NJW 1951, S.281; für die Vertretungsmacht vgl. auch BAG in NJW 1962, S.556.

Nach heutigem Recht ist nur noch eine Verwaltung des einen Ehegatten am Gesamtgut der Gütergemeinschaft im Rahmen der §§ 1421, 1422 BGB möglich. Grundsätzlich besteht zwar die gemeinschaftliche Verwaltung des Gesamtgutes; hat aber ein Ehegatte die alleinige Verwaltung übernommen, so nimmt er sie kraft eigenen Rechtes wahr (77). Die Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft unterfällt aber nicht dem Gesamtgut, sondern gemäß § 1417 Abs.1 und 2 BGB und § 719 Abs.1, 1. Alternative BGB dem Sondergut des einzelnen Ehegatten, an dem eine Verwaltung des anderen Ehegatten kraft eigenen Rechts nicht möglich ist (78). Dies gilt nicht allein für die Fälle, in denen der Ehevertrag nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages abgeschlossen wird, sondern auch dann, wenn aus den Mitteln des Gesamtgutes eine Beteiligung erworben wird. Eine in die Zuständigkeit des Gesamtgutes fallende Mitgliedschaft ist wegen dessen fehlender rechtlicher Selbständigkeit nicht möglich (79). Entweder wird die Mitgliedschaft Sondergut des den Gesellschaftsvertrag abschließenden Ehegatten (80), oder beide Ehegatten werden selbständig und unabhängig voneinander Gesellschafter, ohne daß eine Verwaltungsbefugnis des einen am Anteil des anderen besteht. Wohl aber besteht auch hier die Möglichkeit einer Bevollmächtigung des anderen Ehegatten zur Ausübung der Rechte aus der Mitgliedschaft. Dabei sind freilich die besonderen Erfordernisse des Vertragsprinzips zu beachten.

### 3. Die gesetzliche Vertretung

#### a) Die gesetzliche Vertretung im engeren Sinne

Es ist allgemein anerkannt, daß Minderjährige Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft sein können. Als solchen stehen ihnen die Gesellschafterrechte und -pflichten zu. Es ist auch zulässig, daß dem Minderjährigen die

---

(77) vgl. Erman-Bartholomeyczik, 3. Aufl., § 1422, Anm.2.

(78) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1417 Anm.2; Erman-Bartholomeyczik, 3. Aufl., § 1417 Anm.3; Lutter in AcP Bd.161, S.170 f.; Wiedemann, S.209; BGH in L/M § 260 Nr.1.

(79) Vgl. Lutter, aaO.; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S.19; Baumbach-Duden, 17. Aufl., § 105 Anm.1 D; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm.27; a.A. wohl Gernhuber, S.376 f.

(80) Vgl. eingehend BGH in L/M § 260 Nr.1.

Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft zusteht, ein Fall, der bei Familiengesellschaften auftreten kann, bei denen nach dem Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung nur den Mitgliedern eines Stammes zustehen soll und dieser Stamm zeitweilig ein volljähriges Mitglied nicht aufweist. Soweit der Minderjährige nur beschränkt geschäftsfähig ist, wird er die reinen Tat-handlungen seiner Geschäftsführungspflicht selbst ausüben können, nicht dagegen die einseitigen Rechtsgeschäfte (Zustimmung, Widerspruch), denen § 111 BGB entgegensteht. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, den beschränkt Geschäftsfähigen nach § 112 BGB zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes zu ermächtigen, wodurch die üblichen Geschäftsführungshandlungen wohl gedeckt werden (81). Bei dem Geschäftsunfähigen bestehen diese Möglichkeiten freilich nicht. Aber auch bei beschränkt geschäftsfähigen Gesellschaftern werden die Mitgesellschafter ein Interesse daran haben, daß nicht dieser, sondern ein erfahrener gesetzlicher Vertreter die Gesellschafterrechte, insbesondere die Geschäftsführung des Minderjährigen, ausübt.

Auch der Gebrechlichkeitspfleger eines Gesellschafters gehört in diese Gruppe der ausübungsberechtigten Nichtgesellschafter. Zwar hat der Bundesgerichtshof (82) dahingestellt sein lassen, ob der Gebrechlichkeitspfleger auch des voll geschäftsfähigen Pflegebefohlenen dessen gesetzlicher Vertreter (83) oder staatlich bestellter Bevollmächtigter (84) ist. Aus dem sozialen Schutzzweck der Gebrechlichkeitspflegschaft heraus hat er sie der gesetzlichen Vertretung jedoch auch insoweit gleichgesetzt, als die Kollision mit gesellschaftlichen Interessen eintritt.

Parallelen zu den im vorigen Kapitel behandelten Vollmachtstatbeständen lassen sich nicht ziehen, da einmal der Minderjährige überhaupt nur durch seinen gesetzlichen Vertreter handeln kann und anders als beim Testamentsvollstrecker oder dem Ehemann nach altem Güterrecht § 164 Abs.1 BGB Anwendung findet. Zum anderen enthält die gesetzliche Vertretungsmacht eine umfassende auch persönliche Verpflichtungsbefugnis, während sich die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers in der nicht abgewandelten Form nur auf den Nachlaß beschränkt und die Verpflichtungsbefugnis des Ehemannes nach altem Güterrecht an § 1375 BGB a.F. ihre Grenze findet. Bei der gesetzlichen Vertretung

---

(81) Zweifelfnd für die Vertretungsmacht etwa Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.120.

(82) in NJW 1965, S.1961.

(83) so OLG Celle in FamRZ 1963, S.465; Gernhuber, S.765.

(84) so die wohl herrschende Meinung; vgl. etwa Palandt-Lauterbach, Einf.

v. § 1909, Anm.1 b; KG in NJW 1961, S.2114 mit weiteren Nachweisen.

sind allein die §§ 1821 f. BGB zu beachten. Hueck (85) hält im Einklang mit der herrschenden Lehre die §§ 1821, 1822 BGB allgemein für unanwendbar bei der gesetzlichen Vertretung eines minderjährigen Gesellschafters, und zwar mit der Begründung, daß der gesetzliche Vertreter für die offene Handelsgesellschaft als solche handle, diese aber nicht unter Vormundschaft stehe. Dies mag zutreffen, wenn der Minderjährige zugleich Vertretungsberechtigter der Gesellschaft ist und sein gesetzlicher Vertreter diese Befugnisse wahrnimmt und etwa Wechsel für die Gesellschaft zeichnet oder einen Prokuristen bestellt. Soweit es sich aber allein um Geschäftsführungshandlungen handelt, tritt der Vormund als gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen als einer Einzelperson der Gesellschaft gegenüber, so daß die §§ 1821, 1822 BGB anwendbar sein müssen. Allerdings sind die Tatbestände der §§ 1821 f. BGB für die interne Beziehung der Geschäftsführung ohne Bedeutung, so daß es einer weiteren Vertiefung dieser Frage nicht bedarf (86).

Nicht umfaßt werden dagegen von der gesetzlichen Vertretungsmacht die reinen Tathandlungen der Geschäftsführung (87). Die Ausübung dieser Befugnisse muß also von dem Minderjährigen durch Auftrag oder Dienstvertrag überlassen werden.

Der Grundsatz der Untrennbarkeit von Herrschaft und Haftung steht dieser Konstruktion nicht entgegen. Der Vertretene haftet persönlich und unbeschränkt; seine Herrschaftsrechte nimmt er auf dem einzigen ihm möglichen Weg, durch seinen gesetzlichen Vertreter, wahr. Er kann zwar keinerlei Einfluß auf die Tätigkeit seines Vormundes nehmen, sein Wille ist aber rechtsgeschäftlich nicht beachtlich, der Wille des gesetzlichen Vertreters tritt an seine Stelle.

#### b) Die Vertretung einer juristischen Person

In den bisher geschilderten Fällen der Drittausübung war Rechtssubjekt der Gesellschafter, Willens- und Handlungssubjekt bei der Ausübung der Gesellschafterrechte dagegen stets der Nichtgesellschafter. Dessen rechtsgeschäftliche Handlungen wirkten gemäß § 164 Abs. 1, Satz 1 BGB unmittelbar für und gegen den Gesellschafter. Folgte man der Vertretertheorie des römischen Rechts,

---

(85) Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S. 221.

(86) Vgl. dazu auch Biddermann, S. 171.

(87) s.o. S. 14

so ergäbe sich das gleiche Auseinanderfallen von Rechtssubjekt einerseits und Willens- und Handlungssubjekt andererseits auch bei der Ausübung von Gesellschafterrechten durch die satzungsmäßigen Vertreter einer juristischen Person, die als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft mit deren Geschäftsführung betraut ist. Nach dieser Theorie ist der Vorstand einer juristischen Person deren gesetzlicher Vertreter (88); zur Wirksamkeit der Handlungen des Vorstandes für und gegen die juristische Person bedürfte es des § 164 Abs.1, Satz 1 BGB. Nach dem BGB hat der Vorstand jedoch nur "die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" (§ 26 Abs.2, Satz 1, 2.Halbsatz BGB). Er wird von der Doktrin als "Organ" bezeichnet. Die Organtheorie begreift die juristische Person als durch ihre Organe selbsthandelnd (89).

Im rechtlichen Sinne ist also die juristische Person sowohl Rechtssubjekt wie auch Willens- und Handlungssubjekt. Handelt also ein Organ der juristischen Person in deren Namen, so bedarf es zur Wirksamkeit des Geschäftes nicht des § 164 Abs.1, Satz 1 BGB, sondern das Geschäft kommt unmittelbar zwischen der durch ihre Organe selbsthandelnden juristischen Person und dem Geschäftsgegner zustande. Die Handlungen des Organs wirken nicht für und gegen die juristische Person, sondern sind Handlungen dieser selbst. Die Ausübung von Gesellschafterrechten einer juristischen Person durch deren vertretungsberechtigte Organe ist also nicht Drittausübung im geschilderten Sinne, sondern von der rechtlichen Konstruktion der Organtheorie her Selbstausübung. Da indes im Unterschied zur natürlichen Person die juristische Person auch nach der Organtheorie keine natürliche Handlungsfähigkeit etwa im Sinne des Strafrechts erlangt und da sich die Fiktion dieser Theorie auch nur soweit erstreckt, als die Organe innerhalb der ihnen zustehenden Verrichtungen handeln, mag man diese Fälle, besonders im Hinblick auf die noch zu behandelnden Auswirkungen des Vertragsprinzips, als unechte Drittausübung bezeichnen (90). Keinesfalls aber tritt eine Trennung von Herrschaft und Haftung ein. Die juristische Person haftet persönlich und unbeschränkt mit dem Vereinsvermögen, dem Grundkapital oder dem Stammkapital. Sie herrscht selbst unmittelbar durch ihre Organe.

---

(88) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 103 IV (S.617).

(89) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, aaO.; Staudinger-Coing, § 26 Anm.10.

(90) Weitergehende Abweichungen könnten sich nach der Ultra-vires-Doktrin ergeben, die aber im deutschen Recht sehr umstritten ist; vgl. dazu Rohwedder, S.102 ff. Aus dem Rahmen, in dem der BGH in JZ 1953, S.474, diese Lehre zugelassen hat, kann indes eine andere Beurteilung noch nicht hergeleitet werden.

Weitere Eigentümlichkeiten der Vertretung juristischer Personen treten auf, wenn deren Vorstand aus mehreren Personen besteht. Es gilt für die juristische Person dann der Grundsatz der Gesamtvertretung. Steht nun der juristischen Person als Gesellschafterin die Geschäftsführungsbefugnis zu, so handelt sie durch ihren Vorstand, also etwa durch drei Vorstandsmitglieder. Dies würde eine starke Behinderung des Geschäftsablaufes mit sich bringen. Man wird daher entweder die Vorstandsmitglieder mit Einzelvertretungsbefugnis ausstatten, wobei im Wege einer organisatorischen Aufteilung der Befugnisse ein Mitglied des Vorstandes die Geschäftsführung in der offenen Handelsgesellschaft wahrnimmt. Es kann aber auch der Weg des besonderen Vertreters gemäß § 30 BGB oder der der besonderen Ermächtigung eines Vorstandsmitgliedes nach § 78 Abs.4 AktG begangen werden. Auch diese Personen sind Organe der juristischen Person (91).

Darüber hinaus ist aber die Wahrnehmung der einer juristischen Person als Gesellschafterin zustehenden Geschäftsführungsbefugnis durch deren Prokuristen oder Generalbevollmächtigten möglich. Insoweit liegt dann eine echte Drittausübung vor, für die das auf S. 12 f. Gesagte zu gelten hat.

#### 4. Treuhandverhältnisse

Es fragt sich schließlich, ob auch die rechtsgeschäftliche Treuhand zu den Fällen der Drittausübung von Gesellschafterrechten gehört. In seiner grundlegenden Entscheidung zur treuhänderischen Beteiligung an einer Personalhandelsgesellschaft läßt der Bundesgerichtshof (92) erkennen, daß auch hier ein Gegensatz zwischen der Vertragsfreiheit der Gesellschafter, dem Wesen der Mitgliedschaft und dem Vertragsprinzip auftritt. Nach Anerkennung der Zulässigkeit einer Treuhandschaft im Gesellschaftsrecht - sowohl offen als auch verdeckt - folgert der Bundesgerichtshof aus dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft als Außengesellschaften, daß eine Beteiligung nur in der Weise möglich ist, daß die Gesellschafter nach außen als Träger des Unternehmens auftreten. Nach außen tritt als Gesellschafter

---

(91) Vgl. Erman-Westermann, 3.Aufl., § 30 Anm.1; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.187; für das Aktienrecht vgl. Schmidt, in Großkomm. AktG, § 71 a.F. Anm.13, der zu Recht, entgegen der herrschenden Meinung, in der Ermächtigung keine echte Vollmacht sieht, sondern eine Erweiterung der Befugnisse, die organschaftliche Vertretungsmacht zu handhaben.

(92) BGHZ 10, S.44 ff.

auch bei der offenen Treuhand nicht der Treugeber, sondern der Treuhänder auf. Er besitzt zwar keinen Kapitalanteil, gleichwohl tritt nur er nach außen in Erscheinung, er ist als Gesellschafter in das Handelsregister einzutragen (93). Er nimmt die Gesellschafterrechte wahr, haftet persönlich und unbeschränkt, vertritt die Gesellschaft und ist an der Beschlußfassung beteiligt. Er ist also Gesellschafter, sowohl gegenüber Außenstehenden wie gegenüber den Mitgesellschaftern (94). Wird die Treuhandschaft vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages vereinbart, so ist der Treuhänder Vertragspartner, wird sie nachher vereinbart, so sind die Grundsätze des § 719 Abs. 1, 1. Alternative BGB zu beachten, da auch die treuhänderische Übertragung der Mitgliedschaft das Vertragsprinzip berührt. Sicherlich kann der Treuhänder seinerseits wiederum seine Befugnisse dem Treugeber überlassen, freilich nur in dem Rahmen, den das Wesen der Mitgliedschaft, das Gesamthands- und das Vertragsprinzip jedem Gesellschafter offen lassen (95). Er unterliegt dem Treugeber gegenüber zwar schuldrechtlichen Bindungen, mittels derer dieser Einfluß auf die Gesellschaft gewinnen kann, diese Bindungen können aber nie über das Verhältnis Treugeber-Treuhänder hinaus Rechtswirkungen auf die Mitgesellschafter haben.

Es läßt sich also feststellen, daß bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand eine Drittausübung nicht vorliegt. Der Treuhänder ist Gesellschafter, er haftet, er herrscht, wenn auch sein Wille in bestimmter Richtung gebunden ist, selbst und unmittelbar. Auf ihn sind demnach auch die Rechtsbehelfe der Mitgesellschafter bei unzulänglicher Pflichterfüllung unmittelbar anwendbar. Die Treuhandschaft kann daher für die folgenden Betrachtungen ausscheiden.

Das gleiche gilt auch für die auf Seite 18 angedeutete zweite Form der gesellschaftsrechtlichen Testamentsvollstreckung, die treuhänderische Übernahme der Mitgliedschaft. Der Erbe wird von jeder persönlichen Verpflichtung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befreit, während der Testamentsvollstrecker Dritten gegenüber persönlich haftet. Es kann hier nicht untersucht werden, wie sich das Innenverhältnis zwischen Erbe und Testamentsvollstrecker gestaltet, etwa inwieweit der Testamentsvollstrecker Aufwendungsersatz verlangen kann und ob ihm Ansprüche gegen den Erben zustehen, wenn er persönlich über den Wert des Nachlasses hinaus in Anspruch genommen wird (96).

---

(93) BGH, aaO.

(94) Herrschende Meinung. Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 23; Baumbach-Duden, 17. Aufl., § 105 Anm. 1 F. Zur Sittenwidrigkeit von treuhänderischen Bindungen im Gesellschaftsrecht vgl. BGH in NJW 1965, S. 2147.

(95) Vgl. BGHZ 3, S. 354.

(96) Vgl. dazu Siebert, Festschrift für Hueck, S. 337 f.

## B. DIE RECHTLICHE STELLUNG DES GESCHÄFTSFÜHRENDEN NICHT-GESELLSCHAFTERS ZUR GESELLSCHAFT

### 1. Rechtsausübung und Vertragsprinzip

Nachdem bisher die Drittausübung von Gesellschafterrechten am Wesen der Mitgliedschaft gemessen wurde, muß nunmehr festgestellt werden, inwieweit dem Vertragsprinzip Rechnung zu tragen ist. Auf Seite 12 wurde bereits ausgesprochen, daß für die Personalhandelsgesellschaften der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsausübung besteht. Dieser Grundsatz folgt aber nicht aus dem die Vertragsfreiheit der Gesellschafter einschränkenden Wesen der Mitgliedschaft, das nur die Einheit der Rechtsinhaberschaft fordert, oder aus dem Gesamthandprinzip, das die gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis fordert; denn weder stellt die Überlassung der Ausübung eine Verfügung über das Recht dar noch wird durch sie das Recht von seinem einzig zulässigen Inhaber, dem Gesellschafter, getrennt. Die Einheitlichkeit der Rechtsausübung rechtfertigt sich allein aus dem Vertrauen, das sich die Gesellschafter durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages entgegenbringen. Allen Rechtsverhältnissen, die auf einem besonderen Vertrauen nicht nur in die wirtschaftliche Situation, sondern in die Person der Partner beruhen, ist es eigen, daß die Ausübung von Rechten aus diesem Verhältnis im Zweifel in Person erfolgen muß (97). Die Auslegungsregel des § 664 Abs. 2, Satz 1 BGB, die gemäß § 713 BGB auch auf die Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter anwendbar ist, besagt also, daß jeder Gesellschaftsvertrag unausgesprochen die Klausel enthält, daß die Gesellschafterrechte persönlich auszuüben sind. Eine Überlassung der Ausübung an Nichtgesellschafter würde also einen Vertragsbruch bedeuten. Die "im Zweifel"-Regelung deutet aber zugleich an, daß der Schutz des gegenseitigen Vertrauens allein den Interessen der Vertragspartner, hier der Gesellschafter, dient. Es besteht kein Rechtssatz, der besagt, daß dieses Vertrauen in die Persönlichkeit, die Fähigkeiten, die Arbeitskraft des einzelnen Gesellschafters allein auf die Gesellschafter beschränkt ist. Vertrauen kann auch einem Nichtgesellschafter entgegengebracht werden, jedenfalls solange, als die Einheit von Herrschaft und Haftung gewährleistet bleibt (98). Eine Überlassung von Vertrauen und Verantwortung zugleich an andere Personen als den Vermögensinhaber wäre dagegen unzulässig (99). Weil aber die Pflicht zur persönlichen Ausübung Vertrags-

---

(97) Vgl. etwa § 27 Abs. 3, § 664 Abs. 1, § 2218 Abs. 1 BGB.

(98) Vgl. Wiedemann, S. 377.

(99) Vgl. Siebert, StbJb. 1955/56, S. 322.

inhalt ist, erfordert die Zulässigkeit einer Drittausübung eine die Auslegungsregel des § 664 Abs.1, Satz 1 BGB beseitigende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag oder einen dem gleichzusetzenden Gesellschafterbeschluß. Glauben die Gesellschafter daher, dem Zweck ihres Unternehmens auch auf andere Weise gerecht werden zu können, so liegt es in ihrer Macht, im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit die Ausübung von Mitwirkungsrechten durch gesellschaftsfremde Dritte zuzulassen. Teilweise sind die Gesellschafter sogar gezwungen, wollen sie ihre Gesellschaft nicht völlig neu organisieren, ihr Vertrauen einem Nichtgesellschafter entgegenzubringen, dann nämlich, wenn der Berechtigte selbst zur Ausübung unfähig ist (100).

## 2. Die Zustimmung der Mitgesellschafter

### a) Die Zustimmung bei den Vollmachtstatbeständen

Da die Zulassung der Drittausübung aus der Vertragsfreiheit der Gesellschafter unter Einhaltung des Vertragsprinzips folgt, kann sie in sehr unterschiedlicher Weise erfolgen; sie kann an bestimmte Voraussetzungen und Bedingungen geknüpft werden.

Solche Voraussetzungen können einmal an die Person des Dritten gestellt werden. Zunächst können es die Gesellschafter durch eine allgemein gehaltene Zulassungsklausel in das Belieben ihres Geschäftsführers stellen, welche Person er mit der Ausübung seiner Rechte und Pflichten betraut. Der Vertrag kann aber auch bestimmte Anforderungen an die später auszuwählende Person stellen, etwa eine besondere Ausbildung oder Branchenkundigkeit. Auch können Mindestanforderungen für den Vertrag zwischen Gesellschafter-Geschäftsführer und ausübungsberechtigtem Nichtgesellschafter aufgestellt werden, wobei insbesondere an vertragliche Wettbewerbsverbote zu denken ist. Die allgemeine Zulassung kann weiterhin mit der Bedingung versehen werden, daß die von dem Gesellschafter-Geschäftsführer ausgewählte Person die Billigung aller oder der Mehrheit der Gesellschafter finden muß. Schließlich kann die Zulassung bereits im Gesellschaftsvertrag auf eine ganz bestimmte Person begrenzt werden, etwa den jeweiligen Rechtsanwalt oder Steuerberater der Gesellschaft oder ein Familienmitglied des Gesellschafter-Geschäftsführers.

---

(100) So v. Gierke, S.321.

Weiterhin kann die Zulassung an das Vorliegen bestimmter Tatbestände vor allem in der Person des Gesellschafter-Geschäftsführers geknüpft werden, etwa Krankheit, längere Abwesenheit oder sonstige Verhinderung, aber auch an das Vorliegen einer besonderen Arbeit oder eines Spezialauftrages an die Gesellschaft.

Schließlich sind Beschränkungen der Zulassung einer Drittausübung dem Umfange nach möglich, die die Art der Gesellschafterrechte betreffen, die von einem Nichtgesellschafter ausgeübt werden dürfen. So kann die Drittausübung auf die Durchführung oder die technische Leitung begrenzt werden. Bei Treuhandverhältnissen wird sich die Zulassung vielfach auf das Stimmrecht allein beziehen, das der Treugeber ausüben möchte. Umgekehrt ist es möglich, daß bestimmte Rechte des Gesellschafter-Geschäftsführers von der Ausübung durch Nichtgesellschafter ausgeschlossen werden, so z.B. das Widerspruchsrecht nach § 115 HGB.

Es bleibt zu erwähnen, daß die Zulassung nicht notwendig im Gesellschaftsvertrag erfolgen muß. Dem Vertragsprinzip trägt auch die nachträgliche Zulassung durch Gesellschafterbeschluß Rechnung (101). Mit Flechtheim (102) wird man sogar eine stillschweigende Zustimmung durch die wiederholte Duldung einer Ausübung durch Gesellschaftsfremde zulassen müssen.

Die Priorität des Gesellschaftsrechts und die Berechtigung zur Orientierung bürgerlich-rechtlicher Begriffe und Institute am Gesellschaftsrecht wird deutlich am Erfordernis einer besonderen Zulassung der Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsvertrag. Die Zulässigkeit einer Institution des Erbrechts wird von der Zustimmung eines Personenkreises abhängig gemacht, der - erbrechtlich gesehen - ganz außerhalb des Verhältnisses Erblasser - Erbe steht. Vielfach werden zwar an diese Zustimmung keine besonderen Anforderungen gestellt; es wird sogar vertreten, daß sie unter Umständen bereits in der allgemeinen Erbnachfolgeklausel enthalten sei (103). Man wird aber aus der Erbnachfolgeklausel allein noch nicht folgern können, daß die Gesellschafter bereit sind, neben dem Erben als Gesellschafter einen Dritten als Testaments-

---

(101) Vgl. Siebert, Festschrift für Hueck, S.326; Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm.14; Baumbach-Duden, 17. Aufl., § 139 Anm.4 A; Holch in DNotZ 1958, S.284.

(102) in Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 114 Anm.3.

(103) Vgl. Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm.66; Enneccerus-Kipp-Going, § 68 III 2 b (S.300); Lange, S.305; Holch, aaO., S.299.

vollstrecker in der Verwaltung der Gesellschaft zu dulden. Die Erbnachfolgeklausel stellt nur sicher, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird, sondern daß der Erbe in die Gesellschafterstellung eintritt. Sie deckt aber nicht eine Drittausübung von Gesellschafterrechten durch Nichtgesellschafter. Eine besondere Zustimmung zur Testamentsvollstreckung ist daher neben der Erbnachfolgeklausel erforderlich (104).

Es wird außerdem deutlich, daß die Auffassung Gerstbergers (105), der sich allerdings an die noch zu kritisierende Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone (106) anlehnt, daß nämlich durch die Zustimmung der Mitgesellschafter der Mann kraft seines güterrechtlichen Verwaltungsrechtes an die Stelle der Frau trete, unzutreffend ist. Durch die vertragliche Zustimmung zur Drittausübung wird nur die Befugnis des Gesellschafters gestaltet, ein Nichtgesellschafter kann daraus keinerlei Rechte herleiten.

#### b) Die Zustimmung der Mitgesellschafter bei den Tatbeständen der gesetzlichen Vertretung

Bei der gesetzlichen Vertretung im engeren Sinne geht die herrschende Meinung davon aus, daß die übrigen Gesellschafter ohne weiteres verpflichtet sind, sich mit der Person des gesetzlichen Vertreters eines geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gesellschafters und mit der Ausübung der Gesellschafterrechte, also auch der Geschäftsführungsbefugnis, durch diesen abzufinden (107).

Soweit ersichtlich, hat allein Gogos (108) gegen die herrschende Meinung Stellung bezogen. Er hält sie nur in den Fällen für gerechtfertigt, in denen die übrigen Gesellschafter mit dem gesetzlichen Vertreter bereits den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben. Tritt die Notwendigkeit einer gesetzli-

---

(104) Vgl. Siebert, Festschrift für Hueck, S.327; Richardi, S.21.

(105) in Erman-Gerstberger, 2.Aufl., § 1374 Anm.2.

(106) OGHZ Bd.1, S.33 ff.

(107) Vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., S.221; Wieland, S.572 Anm.47; Staub-Pinner, § 115 Anm.1; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 114 Anm.3; Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 114 Anm.6; Baumbach-Duden, 17.Aufl., § 114 Anm.2 D; Richardi, S.18; Heinsheimer, S.107; RGZ 123, S.289 (299).

(108) S.70 ff.

chen Vertretung jedoch nach Vertragsschluß ein, so sieht Gogos in der Berechtigung des gesetzlichen Vertreters, eines Nichtgesellschafters also, zur Ausübung der Geschäftsführung der offenen Handelsgesellschaft eine Störung des Vertrauensverhältnisses der Gesellschafter. Deshalb, so schließt Gogos, könne den Gesellschaftern überhaupt nicht zugeinutet werden, den gesetzlichen Vertreter eines Mitgesellschafters als Geschäftsführer zuzulassen, wenn er nicht von vornherein ihr volles Vertrauen besitzt. Damit ist das Vertragsprinzip angesprochen; die Ausübung der Gesellschafterrechte durch den gesetzlichen Vertreter wird von der Zustimmung der Mitgesellschafter abhängig gemacht. Diese Argumentation könnte sich zudem auf § 267 BGB stützen. Einige Autoren schließen auch hier eine Erfüllung durch den gesetzlichen Vertreter aus, wenn der Schuldner in Person, also etwa nach § 713 BGB, zu leisten hat (109). Dieser Grundsatz folgt ebenfalls aus dem Vertragsprinzip, hier allerdings aus dem des Individualvertrages.

Der Eintritt der gesetzlichen Vertretung bedeutet zwar eine Änderung der ursprünglichen Vertragssituation. Diese Änderung kann dem Vertragsprinzip jedoch nur dann unterworfen sein, wenn die Partner des Vertrages hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Regelung des neuen Sachverhaltes frei sind. Hier wird die Wechselbeziehung zwischen Vertragsprinzip und Vertragsfreiheit deutlich; die gesetzlichen Schranken der Vertragsfreiheit begrenzen zugleich das Vertragsprinzip. Treten beim Individualvertrag aus irgendeinem Grunde zwingende gesetzliche Rechtsfolgen ein, so können diese nicht deshalb vom Vertragsgegner zurückgewiesen werden, weil das Vertragsprinzip nicht berücksichtigt wurde, er also dem Eintritt dieser Rechtsfolgen nicht zugestimmt hat.

Tritt die gesetzliche Vertretung ein, so ist damit kraft Gesetzes und unabdingbar das Recht und die Pflicht des gesetzlichen Vertreters zur Wahrnehmung der rechtsgeschäftlichen Befugnisse des Minderjährigen verbunden. Die Zulässigkeit der Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters ist jeglicher Parteidisposition entzogen. Die sozialen Schutzzwecke beanspruchen Vorrang vor der Vertragsfreiheit und vor dem Recht des Gläubigers auf vertragsgemäße Erfüllung. Die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Erfüllungshandlungen des gesetzlichen Vertreters kann daher auch nach § 267 BGB nicht von der Zustimmung des Gläubigers abhängig sein. Der Vertrag wird von gesetzlichen Regelungen beeinflusst, die dem ursprünglichen Vertragsinhalt gegenüber vorrangig sind. Die in Anmerkung 109 zitierten Aussagen können sich daher allein auf tatsächli-

---

(109) Vgl. etwa Siebert-Schmidt, § 267 Anm.1; Esser, S.129; Nastelski in BGB-RGRK, § 267 Anm.2.

che Erfüllungshandlungen beziehen, zu denen auch ein Minderjähriger fähig ist.

Auch beim Gesellschaftsvertrag tritt das Vertragsprinzip zurück, wenn der Vertrag aus Gründen des sozialen Schutzes eine Änderung der Ausübungsbefugnisse erfährt (110). Daß solche Schutzzwecke auch den im Gesellschaftsvertrag besonders deutlich auftretenden persönlichen Beziehungen und Interessen der Partner vorgehen, hat der Bundesgerichtshof für die Gebrechlichkeitspflegschaft überzeugend dargelegt (111). Die Interessen der Gesellschafter an der Regelung der gesellschaftlichen Angelegenheiten in der von ihnen gewünschten und vereinbarten Weise müssen dort zurücktreten, wo besondere Gründe des Schutzes Hilfsbedürftiger oder der Ordnung und Sicherheit des Rechtsverkehrs notwendig etwas anderes erfordern. Die Argumentation von Gogos läßt diese Schranken des Vertragsprinzips gänzlich unbeachtet. Seine Kritik an der herrschenden Meinung ist nicht gerechtfertigt. Die Ausübungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters kann nicht von der Zustimmung der Mitgesellschafter abhängig sein.

#### c) Die Zustimmung bei der unechten Drittausübung

Es bleibt zu untersuchen, ob auch bei der unechten Drittausübung, also der Wahrnehmung der Gesellschafterrechte einer juristischen Person durch ihre Organe, eine Zulassung im Gesellschaftsvertrag erforderlich ist. Diese Frage kann nicht damit abgetan werden, daß bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages den übrigen Gesellschaftern die vertretungsberechtigten Organe der juristischen Person ja bekannt sind und sie sich daher mit deren Tätigkeit in der offenen Handelsgesellschaft abfinden (112). Das kann sich immer nur auf die personelle Organisation der juristischen Person im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beziehen. Zweifel müssen aber bereits auftauchen, wenn die vertretungsberechtigten Organe der juristischen Person nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages wechseln. Lehmann (113) sieht in der Möglichkeit eines solchen Wechsels der Organe eine Beeinträchtigung des Charakters der auf persönlicher Verbundenheit aufgebauten offenen Handelsgesellschaft. Es ist hier zu unterscheiden zwischen dem Organ der juristischen Person als Institution und dem Organträger,

---

(110) Vgl. Siebert, StbJb.1955/56, S.335.

(111) in NJW 1965, S.1961.

(112) Vgl. die Literatur in Anm.107.

(113) Gesellschaftsrecht, S.105.

der natürlichen Person, die handelt (114). Zwar kann auch die juristische Person als Gesellschafterin bestimmte Vertrauensgrundlagen, etwa den good will oder die Kreditwürdigkeit besitzen. Das der offenen Handelsgesellschaft eigentümliche persönliche Vertrauensverhältnis kann aber nur zu der Persönlichkeit des Organträgers bestehen. Dieser aktualisiert auch die an die juristische Person selbst geknüpften Vertrauensgrundlagen. Anders jedoch als bei der gesetzlichen Vertretung minderjähriger Gesellschafter besteht hier kein besonderes, außerhalb der gesellschaftlichen Bindung begründetes Vertrauensverhältnis zu einem Dritten. Vielmehr ist der Organträger zugleich Träger des der von ihm körperschaftlich vertretenen Gesellschafterin zustehenden Vertrauens. Wechselt nun die Persönlichkeit des Organträgers, so hat das nicht einen Bruch des Gesellschaftsvertrages zur Folge. Mit der Organschaft als Institution und der damit verbundenen Möglichkeit eines Wechsels der Organträger haben sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag einverstanden erklärt. Schwindet dagegen das Vertrauen zu dem Organträger oder besteht nach einem Wechsel kein Vertrauen der Gesellschafter zu dem neuen Organträger, so ist dies dem Fall gleichzusetzen, daß ein Gesellschafter-Geschäftsführer das Vertrauen seiner Mitgesellschafter verliert, ein Fall also, in dem die Rechtsbehelfe der §§ 105 ff. HGB unmittelbar anwendbar sind. Die Geschäftsführungsbefugnis ist dann der juristischen Person zu entziehen oder in geeigneter Weise zu beschränken.

#### C. DIE ZULASSUNG DER DRITTAUSÜBUNG ALS VERTRAGLICHES RECHT DES GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRERS

Wie dargelegt wurde, folgt das Erfordernis einer Zustimmung der Gesellschafter zur Drittausübung von Geschäftsführungsbefugnissen aus dem Vertragsprinzip. Als Bestandteil des Gesellschaftsvertrages kann der Zustimmung daher eine unmittelbare Bedeutung und Rechtswirkung nur im Verhältnis der Gesellschafter zum begünstigten Gesellschafter-Geschäftsführer zukommen, und zwar dergestalt, daß dem Gesellschafter-Geschäftsführer ein vertragliches Recht eingeräumt wird. Dieses Recht könnte einmal als gesellschaftliches

---

(114) Vgl. zu dieser Unterscheidung Bartholomeyczik, Die juristische Person im Privatrecht, S. 298.

Sonderrecht bezeichnet werden, als ein Recht also, das über den Rahmen der allgemeinen gesellschaftlichen Rechte und Pflichten hinaus dem einzelnen Gesellschafter in besonderem Maße einen Vorteil vor seinen Mitgesellschaftern verschafft, der nicht wesentlich im Gemeinschaftsinteresse begründet ist (115). Es erscheint indes zutreffender, die durch die Zustimmung der Mitgesellschafter eingeräumte Rechtsposition des Gesellschafter-Geschäftsführers als Teil seiner Geschäftsführungsbefugnis im ganzen zu betrachten. Die Zustimmung beseitigt das die Geschäftsführungsbefugnis einschränkende Merkmal der höchstpersönlichen Ausübung, ist also nichts anderes als eine im Einzelfall zweckmäßigere vertragliche Ausgestaltung der allgemeinen gesetzlichen Befugnis. Die Zulassung der Drittausübung schafft somit dem durch sie begünstigten Gesellschafter eine gesellschaftsvertragliche Rechtsposition, die den gleichen Beschränkungen unterliegt, aber auch den gleichen Schutz genießt wie sonstige dem Vertragsprinzip unterliegende Rechte des einzelnen Gesellschafters.

Da die Zustimmung nur die Beziehungen der Gesellschafter untereinander regelt, kann die Auffassung Coings (116), derzufolge die nach § 719 Abs. 1 BGB erforderliche Zustimmung zur Veräußerung eines Gesellschaftsanteils im ganzen in Wirklichkeit einen eigenen Vertragsabschluß des Zustimmungenden mit dem Neueintretenden darstellt, nicht für die vorliegend zu untersuchenden Fälle übernommen werden. Wohl kann die Gesellschaft durch Dienstvertrag, Auftrag oder Prokura einen Nichtgesellschafter weitgehend mit Geschäftsführungsaufgaben betrauen (117); diese Fälle verlangen jedoch eine deutliche Unterscheidung von der eigentlichen Drittausübung. Der übertragungsberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer, dem insoweit auch Vertretungsmacht zustehen muß, schließt den Vertrag mit dem Nichtgesellschafter im Namen der Gesellschaft; er macht den Dritten zum Angestellten der Gesellschaft, der das Weisungsrecht zusteht. Der Nichtgesellschafter handelt im Namen der Gesellschaft; er ist ihr gegenüber unmittelbar verantwortlich. Die ganze Beziehung zwischen Gesellschaft und Nichtgesellschafter regelt sich nach Vertragsrecht. Anders die hier zu behandelnden Fälle der echten Drittausübung, bei denen der Gesellschafter-Geschäftsführer den Nichtgesellschafter mit seinen Aufgaben im eigenen Namen betraut und der Nichtgesellschafter im Namen des Gesellschafter-Geschäftsführers handelt, der selbst verantwortlich, berechtigt und verpflichtet bleibt. Vertretungsmacht des Gesellschafter-Geschäftsführers ist hier nicht

---

(115) So offenbar OGHZ 1, S.38.

(116) in Staudinger-Going, § 182 Anm.4; dagegen BGHZ 13, S.179 (184).

(117) Vgl. dazu Schlegelberger-Geßler, § 114 Anm.13; Schopp in Rpfleger 1963, S.186; Hueck in JZ 1962, S.362.

erforderlich. Die Ausübung durch den Nichtgesellschafter ist nur ein Instrument der eigenen Machtposition des Gesellschafter-Geschäftsführers. Die Konstruktion eines Vertrages zwischen Gesellschaft und Nichtgesellschafter ist nicht erforderlich. Zwar liegt der von Coing (118) behandelte Fall der Zustimmung insoweit der Zustimmung zur Drittausübung ähnlich, als jeweils das Vertragsprinzip die Zustimmung fordert. Der graduelle Unterschied beider Fälle rechtfertigt indes eine unterschiedliche Behandlung. Bei der Verfügung über den Gesellschaftsanteil im ganzen handelt es sich um eine vollständige Änderung der Zusammensetzung der Gesellschaft, was bei dem personen- und persönlichkeitsbedingten Charakter der Personalhandelsgesellschaft neben der Auflösung die durchgreifendste aller denkbaren Vertragsänderungen darstellt. Für solche Änderungen des Vertrages mag freilich eine bloße Zustimmung der übrigen Gesellschafter als zu schwach erscheinen. Hingegen bleibt bei der Ausübungsuberlassung der Gesellschaftsvertrag in seinen Grundtatbeständen unangestastet, es erfolgt allein eine neue Ausgestaltung der Geschäftsführungsbefugnis, also eine interne Regelung, die eine Umdeutung der Zustimmung in einen neuen Vertragsabschluß im Sinne von Coing nicht erforderlich macht. Ein Vertrag zwischen Gesellschaft und ausübungsberechtigtem Nichtgesellschafter ließe sich ußerdem kaum mit der weitgehend unabhängigen Stellung des Testamentsvollstreckers und des gesetzlichen Vertreters vereinbaren, die dadurch zu Angestellten der Gesellschaft würden.

Während im Falle des Vertrages Gesellschaft - Nichtgesellschafter eine unmittelbare Legitimation des Dritten aus diesem Vertrag gegenüber der Gesellschaft gegeben wäre, folgt die Legitimation des Nichtgesellschafters bei der Drittausübung aus dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters, es liegt also keine eigene Legitimation des Dritten den Mitgesellschaftern gegenüber vor. Dieser erhält vielmehr von dem Gesellschafter-Geschäftsführer im eigenen Namen die Befugnis zur Rechtsausübung im Namen des Gesellschafters (119). Den Mitgesellschaftern gegenüber macht er also die Legitimation seines Prinzipals, des Gesellschafter-Geschäftsführers, geltend. Diese müssen die Drittausübung gelten lassen, wenn sie dem Umfang der dem Gesellschafter-Geschäftsführer eingeräumten Befugnis entspricht.

Es läßt sich eine Parallele zur Untervollmacht ziehen. Auch sie ist ihrem Wesen nach Überlassung der Machtausübung (120). Sie ist in zwei Formen mög-

---

(118) aaO.

(119) Vgl. BGHZ 3, S.357 (358).

(120) Vgl. Staudinger-Coing, § 167 Anm.35.

lich; einmal kann der Hauptbevollmächtigte den Untervertreter zu seinem eigenen Vertreter bestellen, oder aber er bevollmächtigt den Untervertreter zu unmittelbarem Handeln im Namen des ursprünglichen Vollmachtgebers, des Prinzipals (121). Hier interessiert die erste Variante, bei der der Unterbevollmächtigte seine Befugnisse nicht vom Prinzipal, sondern vom Hauptbevollmächtigten herleitet. Ein Vertragsverhältnis zwischen Prinzipal und Unterbevollmächtigtem muß dabei nicht notwendig vorliegen (122). Auch bei der Drittausübung entsteht kein rechtliches Band zwischen Gesellschaft und ausübungsberechtigtem Nichtgesellschafter (123). Der Unterschied zwischen einem Dienstvertrag der Gesellschaft mit dem Nichtgesellschafter einerseits und der Drittausübung andererseits tritt deutlich hervor bei den verschiedenen Haftungsmaßstäben. Sie werden letztlich auch das entscheidende Kriterium der Abgrenzung zwischen beiden Formen des Hineinwirkens Dritter in die Gesellschaft sein. Im Falle des Dienstvertrages der Gesellschaft mit dem Nichtgesellschafter haftet der Nichtgesellschafter der Gesellschaft nach allgemeinem Vertragsrecht und nach dem besonderen Inhalt des Einzelvertrages. Der Gesellschafter-Geschäftsführer haftet dagegen nur für ein Verschulden bei der Übertragung, sofern diese ihm gestattet ist (§§ 713, 664 Abs.1, Satz 2 BGB), denn er überträgt ja die Befugnisse auf den Dritten im Namen der Gesellschaft. Bei der Drittausübung hingegen ist der Nichtgesellschafter der Gesellschaft gegenüber nur nach Deliktsrecht verantwortlich, während der überlassende Gesellschafter-Geschäftsführer nach den §§ 713, 664 Abs.1, Satz 3, 278 BGB wie für eigenes Verschulden haftet. Der haftungsrechtliche Vorteil der Gesellschaft bei der Drittausübung ist augenfällig; es bleibt die volle persönliche gesellschaftsrechtliche Haftung des überlassenden Gesellschafters bestehen, nur eben als Haftung für einen anderen, gleichsam als Regulativ für seine durch die Aufhebung des Erfordernisses der persönlichen Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis erweiterte Machtposition.

Dieses Fehlen eines rechtlich relevanten Bandes zwischen Gesellschaft und ausübungsberechtigtem Nichtgesellschafter hat zur Folge, daß den Gesellschaftern keinerlei unmittelbare Einwirkungsmöglichkeiten auf den Dritten gegeben sind. So ist vor allem eine Kündigung nicht möglich, denn ein Vertrag, der gekündigt werden könnte, besteht nur zwischen dem überlassenden Gesellschafter-Geschäftsführer und dem Dritten.

---

(121) Vgl. hierzu BGH in NJW 1960, S.1565 und die dort angegebene Literatur; dagegen neuerdings Siebenhaar in AcP Bd.162, S.354.

(122) Vgl. Staudinger-Going, § 167 Anm.33 und 37.

(123) Vgl. BGHZ 3, S.357; Schlegel, S.112.

### III. DIE KLAGE AUS § 117 HGB

#### A. § 117 HGB ALS AUSGLEICH DES VERTRAGSPRINZIPS

Der den Personalgesellschaften eigentümliche Ausschluß des Majoritätsprinzips zugunsten einer Einstimmigkeit bei jeder Vertragsänderung, eben das Vertragsprinzip, hat zur Folge, daß die Gesellschafter die Bindung ihrer Privatinteressen an das Gemeinschaftsinteresse nicht mehr umgestalten können ohne die Zustimmung ihrer Mitgesellschafter. Abgesehen von der Kündigung nach § 132 HGB, die indes nach § 138 HGB modifiziert werden kann, ist selbst eine Auflösung der Gesellschaft nach dem Vertragsprinzip nur durch einstimmigen Gesellschafterbeschluß möglich. Unter den Gesellschaftern eingetretene Gegensätze haben auf den Gesellschaftsvertrag, so wie er nach außen hin wirksam geworden ist, keinerlei Einfluß. Selbst wenn also der gemeinsame Wille, der dem Vertragsprinzip die eigentliche Rechtfertigung verleiht, nicht mehr vorhanden ist, ändert das nichts am Bestand des Vertrages oder gar der Gesellschaft. Darin liegt gewiß ein positiver Faktor des Vertragsprinzips, der den Geschäftspartnern eine sehr beständige Einheit gegenüberstellt. Aber auch für die Gesellschafter selbst bietet das Vertragsprinzip eine Reihe von Garantien. Einmal wird die Mehrheit der Gesellschafter vor den Sonderinteressen eines einzelnen oder einer Minderheit geschützt. Diesen Schutz gewährt auch das Majoritätsprinzip. Über das Majoritätsprinzip hinaus schützt das Vertragsprinzip die im Vertrag verankerten Interessen des einzelnen Gesellschafters vor einer Mehrheitsherrschaft. Man mag dies als einen uneingeschränkten Minderheitenschutz oder mit Zöllner (124) als verhindernde Abstimmungsmacht bezeichnen.

Auf der anderen Seite verursacht das Vertragsprinzip eine Unbeweglichkeit der Gesellschaft. Änderungen etwa der Marktsituation kann der Gesellschaftsvertrag nur angepaßt werden, wenn alle Gesellschafter diese neue Situation gleich beurteilen und bereit sind, die gleichen Konsequenzen zu ziehen. Kommt eine solche Einstimmigkeit nicht zustande, so muß die Gesellschaft dem Vertragsprinzip zufolge in der bisherigen Weise weitergeführt werden, selbst wenn die Mehrheit der Gesellschafter die Weiterführung für ruinös hält und, wäre sie nicht bereits gebunden, nicht bereit wäre, ihre persönliche Haftung überhaupt oder in dieser Weise einzusetzen. Auch ist es denkbar, daß ein durch den Vertrag mit besonderen Machtbefugnissen (Geschäftsführung, Vertretungsmacht)

---

(124) S. 95.

ausgestatteter Gesellschafter seine zugleich darin liegenden Pflichten vernachlässigt, sich aber einer Änderung der Machtverteilung widersetzt. Zöllner (125) bezeichnet das Einstimmigkeitsprinzip als eine Begünstigung des Status quo, als eine Privilegierung der Interessen der Mitglieder an der Erhaltung des bestehenden Zustandes. Jedenfalls soweit nach Vertragschluß neue Umstände den Gesellschaftszweck beeinflussen, hindert das Vertragsprinzip die Verfolgung des gemeinsamen Zweckes. Dies sind - unter Berücksichtigung ihrer persönlichen Haftung - für die Gesellschafter recht schwerwiegende Folgen des Vertragsprinzips (126).

Es läßt sich feststellen, daß, solange sich die Umstände, die den Vertragsabschluß mitbestimmen, nicht ändern, die konsequente Handhabung des Vertragsprinzips eine Rechtfertigung besitzt. Ändern sich die Umstände nach Vertragsabschluß dagegen erheblich, so führt das Vertragsprinzip zu Unbilligkeiten, ja es kann sich in sein Gegenteil verkehren, wenn es Sonderinteressen schützt, die durch außerhalb des Vertrages liegende Veränderungen entstanden sind und die dem Vertrag möglicherweise entgegenlaufen.

Ebenso wie das Gesetz beim Majoritätsprinzip Garantien für die Minderheit eingebaut hat (127), so hat auch das Vertragsprinzip nach gesetzlicher Regelung Durchbrechungen erfahren, die einer mißbräuchlichen Ausnutzung dieser Schutzfunktionen und einem Erstarren der Gesellschaft vorbeugen sollen. Der einzelne Gesellschafter wird vor einer uneingeschränkten Majorisierung geschützt durch die Möglichkeit der Auflösungsklage nach § 133 HGB. Die Interessen der Mehrheit dagegen werden vor dem Sonderinteresse des einzelnen ebenfalls durch die Klage nach § 133 HGB und weiterhin durch die Ausschlußklage nach § 140 HGB und durch die Entziehungsklagen nach §§ 117 und 127 HGB geschützt. Diese Durchbrechung des Vertragsprinzips darf indes nicht dazu führen, daß unter ihrem Schutz Vertragsgestaltungen durchgeführt werden, die persönlichen Charakter haben. Sie rechtfertigt sich daher nur, wenn nach dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages Gründe eingetreten sind, die einen Vertragschluß verhindert oder aber ihre Berücksichtigung gefunden hätten. Daher verlangt

---

(125) S. 94 f.

(126) Das Vertragsprinzip schließt freilich nicht aus, daß der Vertrag für die Behandlung bestimmter Tatbestände ein Mehrheitsprinzip zuläßt. Diese Fälle sollen hier aber außer Betracht bleiben. Sie sind in der Vielzahl ihrer Gestaltungsmöglichkeiten nur schwer faßbar und liegen außerhalb der eigentlichen Problematik.

(127) Etwa §§ 142 Abs. 2, 147 Abs. 1, 163 Abs. 2, 241 ff. AktG; §§ 50, 61 Abs. 2, GmbHG.

das Gesetz in allen diesen Fällen das Vorliegen eines wichtigen Grundes und, um auf diesem Wege nicht zu einer uneingeschränkten Mehrheitsherrschaft oder zu einer mißbräuchlichen Ausnutzung der Rechtsbehelfe zu gelangen, zugleich die Einschaltung der Gerichte. Der Umstand, daß Vertragsauflösung oder -änderung nur durch einen staatlichen Hoheitsakt erfolgen kann, unterstreicht noch einmal die Bedeutung des Vertragsprinzips. Bei einem unsachlichen Änderungsbestreben der Mehrheit der Gesellschafter bleibt dagegen das Vertragsprinzip voll in Kraft; die Auflösungs- oder Entziehungsklage wäre unbegründet. Daraus wird zugleich deutlich, daß diese Rechtsbehelfe nur zu einer Lösung im Interesse aller Gesellschafter führen dürfen. Für die Klage aus § 140 HGB hat das Reichsgericht festgestellt, daß sie nur zur Abwendung von Schaden von der Gesellschaft diene, nicht aber der Besserstellung der verbleibenden Gesellschafter (128). Dieser Grundsatz hat Geltung für alle richterlichen Eingriffe in das Vertragsprinzip. Auch in diesen Grenzfällen des Prinzips dürfen die Individualinteressen, die sich durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages zu einem gemeinsamen Interesse zusammengeschlossen haben, keine über dieses gemeinsame Interesse hinausgehende Wirkungsmöglichkeit erhalten.

Es bleibt hervorzuheben, daß ein auf eine Klage aus den genannten Vorschriften hin ergehendes Urteil als Gestaltungsurteil die Einwilligung des widerstrebenden Gesellschafters zur Vertragsänderung nicht fingieren kann (129). Es handelt sich vielmehr um eine echte richterliche Vertragsgestaltung für solche Fälle, in denen ein Festhalten am Vertragsprinzip nicht mehr den gemeinschaftlichen Interessen, sondern einem Einzelinteresse dient. Soweit es die Einleitung des Rechtsstreites angeht, kann § 117 HGB mit Zöllner (130) als ein Sonderfall gesetzlicher Stimmverbote angesehen werden. Die eigentliche Vertragsänderung aber erfolgt durch den Richter und nicht etwa durch Gesellschaftersbeschuß, bei dem der betroffene Gesellschafter von seinem Stimmrecht ausgeschlossen wäre.

---

(128) Vgl. RGZ 146, S.169 (180).

(129) So aber offenbar Serwe, S.23. Eine Lösung des Problems in dieser Richtung wäre freilich ebenfalls denkbar gewesen, wenn man unter ansonsten gleichen Voraussetzungen eine Verpflichtung des widersprechenden Gesellschafters zur Zustimmung zur Vertragsänderung aus der Treuepflicht herleitet, die ähnlich § 894 ZPO dann hätte vollstreckt werden können.

(130) S.194.

## B. DIE KLAGE GEGEN DEN GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRER

### 1. Die unmittelbare Anwendung des § 117 HGB

Die Umstände, die bei Vertragsabschluß oder zu einem danach liegenden Zeitpunkt die Gesellschafter bestimmt haben, die Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis durch einen Nichtgesellschafter zuzulassen, können wegfallen, oder es können weitere Umstände eintreten, die eine Selbstausbübung durch den Gesellschafter-Geschäftsführer erforderlich werden lassen, und es fragt sich, auf welche Weise die Gesellschafter die Ausübungsbefugnis des Nichtgesellschafters aufheben, einschränken oder in sonstiger Weise abändern können. Wie bereits festgestellt (131), liegt eine vertragliche Beziehung nur zwischen dem überlassenden Gesellschafter-Geschäftsführer und dem Dritten vor. Die Gesellschafter können daher versuchen, ihren Geschäftsführer zu einer Kündigung des Vertrages mit dem Dritten oder zu entsprechenden vertraglichen Änderungen mit diesem zu bestimmen. Dies muß noch nicht notwendig mit Bezug auf den Gesellschaftsvertrag geschehen, denn eine Änderung des Vertrages zwischen Gesellschafter-Geschäftsführer und Drittem kann sich noch im Rahmen der ursprünglichen Gestattung halten oder im Nichtgebrauch der Gestattung liegen. Diese gütlichen Lösungen sollen hier nicht interessieren. Soll aber die Gestattung völlig rückgängig gemacht oder eingeschränkt werden, so bedeutet das eine Vertragsänderung, da, wie aufgezeigt, die Gestattung der Drittausübung Bestandteil der vertraglichen Befugnis des Gesellschafter-Geschäftsführers ist, die wiederum durch das Vertragsprinzip vor jeder Änderung gegen den Willen des Betroffenen geschützt ist. Verweigert der Gesellschafter-Geschäftsführer seine Mitwirkung, so kann eine Lösung nur über die vom Gesetz angebotenen Ausgleiche des Vertragsprinzips erfolgen. Als einzige Vorschrift gewährt § 117 HGB den Gesellschaftern einen nachträglichen Einfluß auf ihre vertraglichen Beziehungen zum Gesellschafter-Geschäftsführer, wenn ein wichtiger Grund zu einer solchen Vertragsänderung vorliegt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wäre dem Geschäftsführer die gesellschaftsvertragliche Befugnis zur Führung der Geschäfte zu entziehen. Verliert der Gesellschafter-Geschäftsführer seine Rechte, so entfällt die Ausübungsbefugnis als Bestandteil des Rechtes. Nach dem Satz "nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" erlischt die Ausübungsbefugnis des Nichtgesellschafters ebenfalls, der kraft seines Vertrages mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer nur solche Rechte ausüben kann, die diesem, seinem Geschäftsherrn, auch zustehen.

---

(131) s.o. S.38.

Dabei ist unerheblich, in wessen Person letztlich der wichtige Grund als Voraussetzung der Entziehungsklage begründet ist. In der Regel wird der wichtige Grund auf die Eigenschaften oder die Handlungen einer bestimmten Person zurückzuführen sein, jedoch erhebt sich nicht die Frage einer Zurechnung, etwa einer Unfähigkeit des Dritten zu Lasten des Gesellschafter-Geschäftsführers (132). Der wichtige Grund kann auch ganz außerhalb der Person und des Vertrages liegen, er muß nur eine Beziehung zu der angestrebten Vertragsänderung haben.

Will man die Gestattung der Drittausübung nicht wie hier als einen Bestandteil der Geschäftsführungsbefugnis ansehen, sondern als ein dem Gesellschafter-Geschäftsführer verliehenes Sonderrecht (133), so ist bereits an dieser Stelle zu prüfen, ob dieses Recht alleine entzogen werden kann, ohne die Geschäftsführung selbst zu entziehen. Dies könnte nur im Wege einer analogen Anwendung des § 117 HGB geschehen. Die Analogie wird durchweg bejaht und wie folgt begründet: Das positive Recht habe allein den Entzug der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsbefugnis geregelt. Es ergäbe sich aber die Notwendigkeit, Mitwirkungsrechte, die nicht unter diese Begriffe fallen, zu entziehen. Als analoger Obersatz ließe sich das Erfordernis der Korrektur von Gesellschaftsverträgen, die infolge des Vertragsprinzips veränderten Umständen nicht mehr angepaßt werden können, aufstellen. Es sei nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber unter Beschränkung auf die beiden Gruppen der §§ 117 und 127 HGB die Entziehung anderer Rechte ausschalten wollte. Für den Entzug der Befugnisse, die ihre Grundlage im Gesellschaftsvertrag haben, verlange das Gesetz, sofern eine gütliche Einigung nicht zustande komme, immer das Vorliegen eines wichtigen Grundes und den Weg der Klage. Es sei daher auch der Entzug anderer Mitwirkungsrechte als Geschäftsführung und Vertretung nur unter den Voraussetzungen des § 117 oder des § 127 HGB statthaft (134).

Es mag dahingestellt bleiben, ob dieser Analogieschluß zulässig ist. Einmal ist die Ausdehnung von Gestattungsklagen grundsätzlich nicht statthaft (135), zum anderen liefert die genaue und kasuistische Aufzählung der gesellschafts-

---

(132) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.4.

(133) So etwa OGHZ 1, S.33 (38).

(134) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.2; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., S.106; Fischer in NJW 1959, S.1058; Lukes in JR 1960, S.47; RGZ 110, S.418 (421).

(135) Vgl. Brox in JR 1960, S.322 und neuerdings kritisch Hueck, Gestattungsklagen im Recht der Handelsgesellschaften, S.292 f.

rechtlichen Gestaltungsfragen (§§ 117, 127, 140, 133 HGB) gewichtige Anhaltspunkte für ein *argumentum e contrario*, das die Bildung eines analogen Obersatzes verbieten würde. Auch eine Herleitung aus § 242 BGB (136) kann nicht zum Entzug, sondern allenfalls zur Unzulässigkeit der Rechtsausübung im Einzelfall führen, wie Fischer (137) nachgewiesen hat (138).

Gegen die Qualifizierung der Zulassung einer Drittausübung als Sonderrecht spricht dagegen der enge Zusammenhang der Zulassung mit dem Inhalt der allgemeinen Geschäftsführungsbefugnis. Es handelt sich um eine reine inhaltliche Ausgestaltung. Überdies wird sich nur schwer eine genaue Abgrenzung zwischen Befugnissen ziehen lassen, die ihre Grundlage im gesellschaftlichen Verhältnis der Gesellschafter haben und die analog § 117 HGB entzogen werden könnten und solchen Befugnissen, die dem Gesellschafter wesentlich im eigenen Interesse verliehen sind und auf die § 117 HGB auch analog nicht anwendbar ist (139).

## 2. Der Grundsatz des mildesten Mittels

### a) Die Unzumutbarkeit des Vollentzuges für den Gesellschafter-Geschäftsführer

Wohl aus dem Gedanken heraus, daß das Gesetz die Fälle einer Durchbrechung des Vertragsprinzips abschließend aufgezählt hat und daß geringere Änderungsbegehren nicht beachtet werden sollen, entsprach es lange der herrschenden Meinung, daß der Ausschluß des Gesellschafter-Geschäftsführers von der Geschäftsführung nach der Auflösungs- und Ausschlußklage und der Entziehungsklage nach § 127 HGB das mildeste Mittel sei, den Gesellschaftsvertrag bei einer Störung des Vertrauensverhältnisses durch richterlichen Eingriff zu ändern (140). Dem Argument, daß eine Durchbrechung des Vertragsprinzips nur bei schwerwiegenden Vertrauensstörungen gerechtfertigt sein kann, wird aber bereits durch das Erfordernis des wichtigen Grundes Rechnung getragen, da sich

---

(136) So OGHZ 1, S.33 (38).

(137) in NJW 1954, S.779.

(138) Vgl. zur analogen Anwendung des § 117 HGB auf Informationsrechte Peters in NJW 1965, S.1212 ff.

(139) Vgl. etwa Fischer in NJW 1959, S.1058; Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.2; Peters, aaO.

(140) Vgl. RGZ 12, S.33; Renaud, S.286 f.; v. Górski, S.101.

dieses Argument allein auf die Voraussetzungen des anzuwendenden Mittels bezieht, über das Mittel selbst aber nichts aussagt (141). Daß Auflösung, Ausschluß und völliger Entzug von Vertretung oder Geschäftsführung die einzig möglichen richterlichen Vertragsänderungen seien, läßt sich nicht aus dem Gesetz herleiten, ohne daß zuvor die Möglichkeiten der Gesetzesauslegung untersucht werden. Nach dieser engen Auffassung ergibt sich nämlich die Möglichkeit, daß zwar ein wichtiger Grund gegeben ist, daß aber durch einen Vollentzug stärker in den Vertrag eingegriffen wird als zur Beseitigung der Störung erforderlich wäre. Dadurch gewinnt § 117 HGB den Charakter einer Strafbestimmung und kann zu Unzumutbarkeiten führen. Dem Richter ist die Prüfung der Zumutbarkeit des Eingriffs nach § 117 HGB, ebenso wie bei den §§ 127, 133, 140 HGB versagt; er hat nur zu prüfen, ob ein wichtiger Grund vorliegt und ob dieser die Durchbrechung des Vertragsprinzips rechtfertigt. Er ist dagegen nicht befugt, durch Gerichtsentscheid einen darüber hinausgehenden Interessenausgleich unter den Gesellschaftern herbeizuführen, da seine Macht, in private Rechtsverhältnisse einzugreifen, nur auf die Anwendung oder Ablehnung eines bestimmten, von den klagenden Gesellschaftern beantragten Mittels erstreckt ist. Die herrschende Meinung, die fast durchweg die Zumutbarkeit oder die Billigkeit in die richterliche Prüfungspflicht einbezieht (142), gerät in einen Widerspruch, wenn sie dem durch ein Urteil nach § 117 HGB entmachteten Gesellschafter das Recht zubilligt, nunmehr seine weiteren vertraglichen oder gesetzlichen Befugnisse niederzulegen oder wenn sie gar in der Entmachtung einen wichtigen Grund zur Erhebung der Auflösungsklage nach § 133 HGB sieht (143). Wird im Rahmen einer Zumutbarkeitsprüfung bei der Klage aus § 117 HGB ein Interessenausgleich bereits herbeigeführt, so kann für solche Reaktionen des betroffenen Gesellschafters kein Raum mehr sein. Andererseits hat das Reichsgericht (144) dagegen betont, daß von einer Maßnahme, etwa nach § 140 HGB, nur dann Gebrauch gemacht werden darf, wenn dadurch nicht die Verbesserung der Lage der Verbleibenden erstrebt wird, sondern allein die Abwendung von Schaden vor der Gesellschaft (145). Die Frage

---

(141) Vgl. auch RGZ 146, S.169 (181 f.).

(142) So vor allem Lukes in JR 1960, S.46; aber auch Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S.110; Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.4; RGZ 122, S.312 (314); RGZ 146, S.169 (179).

(143) So etwa Lukes, aaO., S.44; Möhle, S.78; Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 117 Anm.24; einschränkend auch Hueck, aaO., S.110, 112.

(144) RGZ 146, S.169 (180).

(145) Vgl. dazu noch für die Kapitalgesellschaft Küster, S.70.

der Unzumutbarkeit kann daher nur nach Erlaß des Urteils aus § 117 HGB Bedeutung gewinnen, nämlich dann, wenn ein völliger Entzug der Geschäftsführungsbefugnis ausgesprochen wurde, obwohl eine geringere Maßnahme die Störung beseitigt hätte. Insoweit ist der herrschenden Meinung zuzustimmen. Ein derartiger Fall liegt sicherlich auch dann vor, wenn bei einer gestatteten Dritt-ausübung die Geschäftsführung völlig entzogen wird, während bei einer Entziehung der Überlassungsbefugnis allein der wichtige Grund für die übrigen Gesellschaften zu einer Klage aus § 117 HGB bereits entfallen wäre.

Es fragt sich daher, ob das Gesetz im Wege der Auslegung eine Klage dergestalt zuläßt, daß die Geschäftsführungsbefugnis nicht völlig entzogen, sondern nur beschränkt wird, so daß etwa der Gesellschafter die Geschäftsführung nunmehr selbst ausüben muß. Den Weg zu einer solchen Lösung könnte die Anwendung und Weiterentwicklung des Grundsatzes des mildesten Mittels eröffnen. Der völlige Entzug der Geschäftsführungsbefugnis nach § 117 HGB stellt sich der Auflösungs- und Ausschlussklage gegenüber bereits als ein milderes Mittel richterlicher Vertragsgestaltung dar. Die Beseitigung der Störung durch Beschränkung oder Teilentzug der Geschäftsführungsbefugnis wäre dem Völlentzug gegenüber wiederum ein milderes Mittel.

b) Der Grundsatz des mildesten Mittels als Fallgruppe des Übermaßverbotes, speziell des Erforderlichkeitssatzes

Bei der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 117 HGB handelt es sich um einen Akt richterlicher Vertragsgestaltung (146), also um einen hoheitlichen Eingriff in ein privates Rechtsverhältnis. Als Gestaltungsklage ist sie als Ausnahme vom Prinzip der Privatautonomie zu behandeln. Daraus läßt sich einmal das Verbot einer Ausdehnung über die im Gesetz vorgesehenen Gestaltungsklagen hinaus folgern (147). Weiterhin steht eine Ausnahmeregelung, und zwar einmal als prozessuales Mittel und zum anderen als Ausnahme vom Vertragsprinzip, unter der besonderen Forderung, daß sie nicht über das Maß des zur Lösung des Konflikts Erforderlichen hinausgehen darf. Faßt man diese allgemeine Feststellung konkreter, so gelangt man zu der Lehre vom Übermaßverbot.

---

(146) s.o. S.41.

(147) Vgl. Brox in JR 1960, S.321 f.; Lent-Jauernig, S.100; Baumbach-Lauterbach, Anm.2C vor § 253; abw. Schönke-Schröder-Niese, § 70 I.

Lerche hat in seiner Schrift "Übermaß und Verfassungsrecht" (148) dargelegt, daß das Übermaßverbot, soweit es innerhalb eines Rechtsgebietes gilt, unmittelbaren Rechtssatzcharakter trägt und, wenn auch nicht selbst ausgeprägt als subjektives Recht, doch in Verbindung mit anderen subjektiven Rechten durchsetzbar ist. Unter der Oberbezeichnung "Übermaße" versteht Lerche den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Grundsatz der Erforderlichkeit (149). Beide Grundsätze sind verschiedenen Inhalts und wirken sich unterschiedlich auf die Zulässigkeit bestimmter Mittel aus. Nach dem Verhältnismäßigkeitssatz kann es mehrere zulässige Mittel geben, nach dem Erforderlichkeitssatz dagegen stets nur eines (150). Es ist daher zu untersuchen, welcher dieser beiden Grundsätze die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfragen beherrscht.

Zweck der Gestaltungsfragen nach den §§ 117, 127, 133, 140 HGB ist die Beseitigung einer Störung des Gesellschaftsverhältnisses oder, um mit dem Reichsgericht (151) zu sprechen, die Abwendung von Schaden von der Gesellschaft. Mittel zur Erreichung dieses Zweckes sind die vom Gesetz gegebenen Möglichkeiten hoheitlicher Eingriffe in den Vertrag. Es fragt sich nun, ob Mittel und Zweck in ein Wertungsverhältnis zueinander gebracht werden können und ob sich ein Maßstab finden läßt, an dem die Wertung abgelesen werden kann (Verhältnismäßigkeit), oder ob das Mittel an einer Skala gemessen werden kann, die anzeigt, welches von mehreren Mitteln zur Zweckerreichung den geringsten Eingriff in den Vertrag voraussetzt (Erforderlichkeit). Die Mittel sind vom Gesetz verschieden stark ausgebildet; sie reichen von der Änderung der Grundlagen des Gesellschaftsvertrages, dem personellen Bestand, über die Auflösung des Vertrages bis zur Änderung lediglich einzelner Herrschaftsrechte. Wertungsmaßstab für die Schwere des Eingriffs sind nicht die Interessen des beklagten Gesellschafters (151a). Diese Interessen sind auf die Erreichung des Gesellschaftszweckes hin gebunden; nur dieses Ziel kann durch die vertragsändernden Gestaltungsfragen gesichert werden. Für das Einzelinteresse des Gesellschafters kann der unzweifelhaft mildere Eingriff nach § 117 HGB

---

(148) Vgl. insbes. S.315 ff.

(149) aaO., S.19 ff.

(150) Vgl. Lerche, S.21.

(151) RGZ 146, S.169 (180).

(151a) Diese werden durch die Eingriffe zwar in unterschiedlicher Stärke berührt und können in anderem Zusammenhang durchaus Bedeutung erlangen, etwa im Rahmen des § 1365 BGB, wenn besondere Kündigungs- oder Abfindungsvereinbarungen bestehen. Vgl. dazu Tilkorn, S.79.

unter Umständen schwerwiegender sein als der stärkere Eingriff nach § 140 HGB. Die Schwere des jeweiligen Eingriffs nach den §§ 133, 140, 117/127 HGB kann nur an dem Vertrag als dem Ausdruck des gemeinschaftlichen Interesses und an dem Vertragsprinzip gemessen werden. Die Störung des Gemeinschaftsinteresses läßt sich zwar insoweit graduell unterteilen, als nicht jede geringfügige Störung zu hoheitlichen Korrekturen berechtigt, sondern erst eine gewisse Schwere diese Störungen rechtserheblich werden läßt. Diese Schwelle der Rechtserheblichkeit bezeichnet der wichtige Grund. Liegt dieser aber vor, so läßt sich eine weitere graduelle Einteilung der Störung nicht mehr treffen. Die Störung ist dann in jedem Fall so erheblich, daß eine konsequente Durchführung des Vertragsprinzips zur Funktionsunfähigkeit der Gesellschaft führen würde. Das zeigt sich insbesondere an der im wesentlichen gleichen Ausgestaltung des wichtigen Grundes bei den verschiedenen Klagen. Verletzt ein Gesellschafter-Geschäftsführer etwa grob-fahrlässig seine Pflichten, so sind tatbestandsmäßig alle Gestaltungsklagen möglich. Das Gesetz nimmt also keine Wertung der jeweiligen Störung vor. Die Tatsache, daß bei § 117 und § 127 HGB der wichtige Grund im Gegensatz zu den übrigen Klagen nicht verschuldet zu sein braucht und von der Person des beklagten Gesellschafters völlig losgelöst sein kann, enthält keine graduelle Wertung der Störung nach der Schwere ihrer Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Interesses. § 117 und § 127 HGB erweitern lediglich die Tatbestände der Eingriffsmöglichkeiten auf dem Gebiet der Geschäftsführung und Vertretung auch auf solche Fälle, in denen unverschuldete Störungen aufgetreten sind. Für die Tatsache der Störung selbst ist es unerheblich, ob sie verschuldet oder unverschuldet ist. Auch die unverschuldete Störung kann so schwer sein, daß sie eine gedeihliche Arbeit der Gesellschafter unmöglich macht. Die übrigen Klagen sind in solchen Fällen nicht etwa unangemessen, sondern tatbestandsmäßig ausgeschlossen. Es zeigt sich also, daß ein gemeinsamer Maßstab, an dem sowohl Mittel als auch Zweck gemessen werden können, nicht gegeben ist. Dies wird auch daraus deutlich, daß immer wieder betont wird, daß im Falle einer bloßen Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis der wichtige Grund stets auch zur völligen Entziehung ausreichen müsse (152).

Daß die Anwendung der verschiedenen Mittel dagegen nicht über das Maß des

---

(152) Vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S. 110 Anm. 100; Fischer in NJW 1959, S. 1059; OGHZ 1, S. 33 (39); a. A. LUKES in JR 1960, S. 46. Die Haltbarkeit dieses Satzes wird allerdings in einem späteren Kapitel zu überprüfen sein.

zur Beseitigung der Störung Erforderlichen hinausgehen darf, wurde in der Rechtsprechung an verschiedenen Stellen ausgesprochen (153) und auch in der Literatur angemerkt (154). Weit häufiger wird allerdings in diesem Zusammenhang der subjektive und konturenschwache Begriff der Zumutbarkeit gebraucht (155); daß dieser Begriff außer Betracht bleiben muß, wurde bereits aufgezeigt. Das Gesetz sieht vier Mittel zur Beseitigung von Vertrauensstörungen vor, von denen die Klagen nach § 117 HGB und § 127 HGB - abgesehen von Einzelfällen - in ihrer Härte gleich zu beurteilen sind. Wie bereits dargelegt, ist die Schwere der einzelnen Eingriffe am Vertrag und am Vertragsprinzip zu messen, da es ja diese geschützten Sphären sind, in die mittels der Klage eingegriffen wird. Lukes (156) sieht die Auflösungsklage der Ausschlußklage gegenüber als das durchgreifendere Mittel an, da die Ausschlußklage unter Entfernung des Störers die Aufrechterhaltung der offenen Handelsgesellschaft und damit den Erhalt des "Gesellschaftsvermögens in seiner wirtschaftlich sinnvollen Kombination" ermögliche. Hier wird also als Maßstab das Interesse der übrigen Gesellschafter und das Allgemeininteresse an der Erhaltung wirtschaftlicher Werte angelegt. Dem ist entgegenzuhalten, daß gerade die Besserstellung der verbleibenden Gesellschafter mit der Klage nicht verfolgt werden darf und daß der Satz "pacta sunt servanda" vom Allgemeininteresse her gesehen höher zu bewerten ist als das Interesse an der Erhaltung wirtschaftlicher Werte. Das unterstreicht auch die Existenz eines Vertragshilfegesetzes, das gerade die Erfüllung von vertraglichen Verpflichtungen ermöglichen soll und keinesfalls wirtschaftliche Interessen der Allgemeinheit oder gar einzelner gegenüber vertraglichen Verpflichtungen den Vorzug gibt. Dabei ist allerdings der Unterschied in der Art der richterlichen Gestaltung im Wege der richterlichen Vertragshilfe einerseits und der echten Gestaltungsklage andererseits im Auge zu behalten (157). Die Klagen aus § 133 HGB und aus § 140 HGB sind, immer vorausgesetzt, daß sie zur Zweckerreichung geeignet sind, danach zu messen, in welchem Umfang sie sich über das Vertragsprinzip hinwegsetzen. Es wurde bereits gesagt, daß mit der Störung des Vertrauensverhältnisses, nämlich dem Zerfall des gemeinschaftlichen Interesses in Einzel-

---

(153) Vgl. RG in JW 1933, S.98 und 1935, S.696; RGZ 122, S.312 (314); RGZ 146, S.169 (180); BGHZ 18, S.351 (362).

(154) Sehr deutlich für das Verhältnis der Klagen aus § 133 und § 140 HGB: Hueck, aaO., S.271.

(155) s.o. S.45.

(156) in JR 1960, S.43 f.

(157) Vgl. dazu Brox in JR 1960, S.321 ff.

interessen, die Grundlage des Vertrages entfällt. Die einzige dem Vertragsprinzip gerecht werdende Lösung wäre also die Auflösung des Vertrages. Dabei würde die aus dem Vertragsprinzip folgende Gleichstellung aller Partner gewährleistet. Die Fortsetzung des Vertrages unter einem Teil der früheren Partner als Folge der Ausschlußklage bedeutet demgegenüber bereits einen stärkeren Eingriff in das Vertragsprinzip, da sie sich über die natürliche Folge des Prinzips, eben die Auflösung, hinwegsetzt und in den personellen Bestand der Gesellschaft eingreift.

Sodann entspricht die Klage aus § 133 HGB dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter, während die Ausschlußklage nach § 140 HGB diesen Grundsatz unbeachtet läßt. Die Bewertung des Ausschlusses als das härtere Mittel gegenüber der Auflösung entspricht der herrschenden Meinung (158). § 117 HGB und ebenso § 127 HGB sind demgegenüber dann anwendbar, wenn die Störung bereits dadurch beseitigt werden kann, daß lediglich die Herrschaftsrechte neu verteilt werden. Dadurch bleibt der Vertrag unter seinen ursprünglichen Partnern erhalten. In den Vertrag wird nur insoweit eingegriffen, als dem betroffenen Gesellschafter bestimmte Rechte entzogen werden. Die Entziehungsklage ist also nach der Ausschlußklage als härtestem Eingriff und der Auflösungsklage das mildere Mittel. Nach der Härte des Eingriffs ergibt sich also die Reihenfolge der §§ 140-133-117/127 HGB.

Es fragt sich nun, ob der Erforderlichkeitssatz über § 117 HGB hinaus in dem Sinne ausgedehnt werden kann, daß der Vollentzug der Geschäftsführungsbefugnis nicht erfolgen kann, wenn ein Teilentzug oder eine Beschränkung die Störung beseitigen würde. Das setzt voraus, daß im Wege der Auslegung § 117 HGB auch auf den Teilentzug von Geschäftsführungsbefugnissen anwendbar ist. Entgegen der früher herrschenden Meinung (159) legt die heute herrschende Meinung, wohl im Anschluß an Flechtheim (160) § 117 HGB weit aus (161).

(158) Vgl. RGZ 146, S.169 (172); Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., S.322; Schlegelberger-Geßler, § 133 Anm.15 und § 140 Anm.6; Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 140 Anm.10; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 140 Anm.3; Hartmann, S.5.

(159) Vgl. Anm.140.

(160) in Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 117 Anm.6.

(161) Vgl. Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 117 Anm.24; Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.3; Baumbach-Duden, 17.Aufl., § 117 Anm.2; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., S.110; Ritter, § 117 Anm.3a; Wieland, S.576 Note 58; Lukes in JR 1960, S.41 ff.; Gogos, S.68; RG in JW 1935, S.696.

Zur Rechtfertigung wird das argumentum a maiori ad minus herangezogen (162).

### c) Das argumentum a maiori ad minus

Der Wortlaut des § 117 HGB steht einem Teilentzug von Geschäftsführungsbefugnissen unter Belassung einer größeren oder kleineren Restbefugnis nicht entgegen. Der gesetzliche Begriff "entziehen" umfaßt sowohl den völligen als auch den teilweisen Entzug von Befugnissen. Auch wenn die ursprünglich umfangreichere Geschäftsführungsbefugnis um bestimmte Einzelbefugnisse vermindert wird, handelt es sich um ein "Entziehen". Zu beachten ist freilich, daß das Wort "entziehen" nur eine Änderung der Befugnisse im negativen Sinne, eine Verminderung also, umfaßt, nicht dagegen eine Änderung, die in irgendeiner Weise positiv gestaltet (163).

Die gesellschaftsrechtliche Geschäftsführung ist ein komplexer Begriff. Sie läßt sich zunächst in eine Reihe von Einzelbefugnissen aufgliedern (164), etwa Leitung der Produktion, Führung der Bücher, Abschluß von Rechtsgeschäften oder Aufstellen der Bilanz. Aber auch die Befugnis, die Ausübung der Geschäftsführung durch einen Nichtgesellschafter vornehmen zu lassen, oder die Pflicht, sie selbst auszuüben, sind Einzelbefugnisse innerhalb des Komplexes "Geschäftsführung" (165). Dieser Komplex ist jedoch nicht in der Weise unteilbar, daß bei Wegfall einer Einzelbefugnis, etwa des Rechtes zur Aufstellung der Bilanz, nicht mehr von Geschäftsführung gesprochen werden kann. Die vertragliche Ausgestaltung der Geschäftsführung unterliegt vielmehr der Freiheit der Gesellschafter (166). Sie können durch Vertrag einzelne Befugnisse ausklammern oder neue hinzufügen. Die Geschäftsführungsbefugnis kann geteilt werden, so daß etwa einem Gesellschafter die kaufmännische, einem anderen die technische Leitung obliegt. Bestimmte Geschäfte können von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig gemacht werden. Der Begriff der Geschäftsführung ist also in seinem Umfang und seiner Ausgestaltung von den Bestimmungen des jeweiligen Gesellschaftsvertrages abhängig; einzelne Befugnisse können losgelöst und verselbständigt werden; sie sind voneinander unabhängig.

---

(162) Vgl. Wieland, aaO.

(163) Vgl. Lukes in JR 1960, S.43.

(164) Vgl. etwa Hueck, aaO., S.82.

(165) s.o. S.35 f.

(166) Vgl. Lehmann, Gesellschaftsrecht, S.112.

Der logische Schluß muß daher lauten: Wenn alle diese Befugnisse insgesamt aus wichtigem Grund entzogen werden können, so müssen auch einzelne dieser Befugnisse aus wichtigem Grund entzogen werden können, da weder der Wortlaut des § 117 HGB noch der Begriff der Geschäftsführung gegen einen Teilentzug sprechen.

Das bedeutet, daß der Grundsatz der Erforderlichkeit, im Gesellschaftsrecht anerkannt unter dem Namen Grundsatz des mildesten Mittels - besser Grundsatz des jeweils zur Beseitigung der Störung erforderlichen mildesten Mittels -, mit allen dazu bereits entwickelten Konsequenzen über § 117 HGB hinaus auszudehnen ist, wenn die eingetretene Störung bereits durch einen Teilentzug beseitigt werden kann.

### 3. Der Widerruf der Zustimmung

Die Anwendung des Grundsatzes des mildesten Mittels hat zur Folge, daß eine Klage aus § 140 HGB unbegründet ist, wenn die eingetretene Störung durch eine weniger einschneidende Maßnahme, also etwa durch eine Klage aus § 133 HGB, beseitigt werden kann und daß eine Klage aus § 133 HGB unbegründet ist, wenn Eingriffe nach §§ 117/127 HGB ausreichen. Da festgestellt wurde, daß das Übermaßverbot an § 117 HGB keine Grenze findet, also § 117 HGB nicht der mildeste Eingriff schlechthin ist, muß eine Klage auf Entziehung der gesamten Geschäftsführungsbefugnis dann unbegründet sein, wenn die Störung durch einen milderen Eingriff, also etwa einen Teilentzug, beseitigt werden kann. Hier bezieht das Übermaßverbot seine Durchsetzbarkeit von dem aus dem Gesellschaftsvertrag fließenden subjektiven Recht des beklagten Gesellschafters, daß seine Rechtsposition ohne seine Zustimmung grundsätzlich nicht eingeschränkt werden darf. Reicht etwa die Entziehung der kaufmännischen Leitung der Geschäfte aus, so muß eine auf Entzug auch der technischen Geschäftsleitung gerichtete Klage als unbegründet abgewiesen werden.

Auf die Fälle der Drittausübung angewandt, bedeutet dies, daß eine Klage auf Vollentzug der Geschäftsführungsbefugnis, wie sie auf Seite 42 ff. dargelegt wurde, unbegründet ist, wenn die Vertrauensstörung letztlich auf die gestattete Drittausübung zurückzuführen ist oder gar in der Person des Ausübungsberechtigten liegt und durch die Wiederherstellung der Pflicht des Gesellschafters zur Selbstausübung beseitigt werden kann. Das bedeutet nicht, daß bei Vorliegen einer Drittausübung ein Vollentzug nicht möglich ist; es ist durchaus denkbar,

daß der "Friede unter den Gesellschaftern" (167) auch in solchen Fällen nur durch einen Vollentzug wiederhergestellt werden kann. Anhand der gesamten Umstände entscheidet sich, welcher Eingriff erforderlich ist. Hier sollen indes nur die Fälle untersucht werden, in denen die Gesellschafter Interesse und Grund zu einer Änderung der Befugnis zur Drittausübung haben. Eine solche Änderung ist gegen den Willen des berechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers nur aus wichtigem Grund möglich; eine willkürliche Einflußnahme ist ausgeschlossen. Um die Pflicht des Gesellschafter-Geschäftsführers zur Selbstausübung wiederherzustellen, bedarf es des Widerrufs der erteilten Zustimmung. Liegen alle Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung des § 117 HGB vor, so spricht das Gericht den Widerruf aus. Damit wird der Umfang der Geschäftsführungsbezugnis des beklagten Gesellschafters eingeschränkt, und der ursprünglich ausübungsberechtigte Dritte verliert die von seinem Prinzipal hergeleitete Legitimation den übrigen Gesellschaftern gegenüber. Seine nachfolgenden Handlungen gelten den Gesellschaftern gegenüber nicht mehr als Handlungen des Geschäftsführers.

Von Lukes (168) und im Anschluß daran von Geßler (169) wurde hervorgehoben, daß durch § 117 HGB lediglich eine tatsächliche Entziehung im Sinne einer Verminderung der Befugnisse begehrt werden könne, nicht dagegen eine Beschränkung, das heißt eine andere Ausgestaltung der Geschäftsführung. Sie halten demzufolge etwa die Ersetzung einer Einzelbefugnis durch Gesamtbefugnis für nicht zulässig. Es handelt sich hierbei jedoch bereits um eine weitergehende Frage, nämlich, ob der Richter positiv gestalten kann. Diese Möglichkeit ist dem Richter allerdings mit Recht zu versagen (170). Entzieht der Richter dem geschäftsführenden Gesellschafter die Befugnis, die Ausübung seiner Pflichten an Dritte zu überlassen, so gestaltet er allein negativ. Freilich tritt als Folge in gewissem Sinne auch eine positive Gestaltung ein, da nunmehr der Gesellschafter zur persönlichen Ausübung verpflichtet ist oder einen anderen Dritten mit Zustimmung seiner Mitgesellschafter bestimmen muß. Dies ist jedoch keine vom Richter gesetzte Folge, sondern sie beruht auf dem Gesetz, das von der persönlichen Ausübung ausgeht. Es handelt sich auch deshalb um eine bloße Verminderung, weil nur eine besondere Erlaubnis entzogen wird.

Bei der Drittausübung durch einen willkürlichen Bevollmächtigten oder durch

---

(167) BGHZ 18, S. 362.

(168) in JR 1960, S. 44.

(169) in Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm. 3.

(170) Vgl. dazu auch Brox in JR 1960, S. 322.

den Ehemann nach dem alten oder neuen Güterrecht läßt sich dieser Weg ohne weiteres beschreiten, da diese Personen regelmäßig in einem stets widerruflichen Vollmachtverhältnis zu dem Gesellschafter-Geschäftsführer stehen und da einer Selbstausübung kein rechtliches Hindernis entgegensteht. Solange der Erbe den Testamentsvollstrecker freiwillig bevollmächtigt, kann auch er ohne nachteilige Folgen diese Vollmacht widerrufen. Ist der Erbe dagegen durch eine Bedingung oder Auflage erbrechtlich zur Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers gezwungen (171), so entfällt zwar mit dem Widerruf der Zustimmung zur Drittausübung der Geschäftsführungsbefugnis noch nicht die gesamte Testamentsvollstreckung; es bleibt dem Testamentsvollstrecker noch die Ausübung anderer Gesellschafterrechte, etwa des Stimmrechts oder der Kontroll- und Informationsrechte. Solange aber der Erbe noch geschäftsführungsbefugt ist - und dies bleibt er bei einem bloßen Widerruf der Zustimmung -, ist er dem Testamentsvollstrecker gegenüber verpflichtet, ihm die Ausübung dieser Befugnisse zu überlassen. Dieser erbrechtlichen Verpflichtung kann der Erbe nur durch Ausschlagung der Erbschaft im Falle der Auflage oder durch Verlust des Erbrechts im Falle der Bedingung entgehen. Diese Bindungen des Erben sind den Gesellschaftern gegenüber zwar nicht wirksam. Gleichwohl sind diese Umstände innerhalb der Erforderlichkeitsprüfung zu berücksichtigen, ohne daß dabei die Härte des Mittels an den Einzelinteressen des Gesellschafter-Erben gemessen werden muß. Mittelbar wird durch den Widerruf der Zustimmung zur Drittausübung das Ausscheiden des Erben aus der Gesellschaft, also auf einem Umweg, der Erfolg der Klage aus § 140 HGB, erreicht. Ein Vollentzug der Geschäftsführungsbefugnis wäre demgegenüber ein milderer Mittel.

---

(171) So BGHZ 12, S.100 ff.

#### 4. Die verlängerte Drittausübung

Es ist denkbar, daß einem geschäftsführenden Gesellschafter durch eine Klage aus § 117 HGB untersagt wird, seine Befugnisse persönlich auszuüben. Da er aber weiterhin verpflichtet bleibt, seiner nunmehr eingeschränkten Geschäftsführungspflicht nachzukommen, muß er einen Bevollmächtigten zur Ausübung bestellen. Gegenüber dem Entzug der gesamten Geschäftsführungsbefugnisse ist dies ein milderes Mittel. Es handelt sich auch hierbei um einen Teilentzug und nicht um eine positive Gestaltung, denn die Selbstausübung ist nicht nur als Pflicht ausgestaltet, sondern zugleich auch als Recht. Als solche "Pflichtrechte" sind die meisten Befugnisse ausgestaltet, die dem Gesellschafter nicht nur im eigenen, sondern auch im Interesse der Gesellschaft zuerkannt werden (172). Es wird dem Gesellschafter also ein Recht entzogen; seine ursprünglichen Befugnisse werden gemindert. Die Anwendung des Grundsatzes vom mildesten Mittel kann somit auch zur Gestattung einer Drittausübung von Gesellschafterrechten führen.

Es fragt sich, ob diese Möglichkeit des Teilentzugs auch auf die Fälle der Drittausübung übertragen werden kann, mit dem Ergebnis, daß der gesetzliche Vertreter oder Testamentsvollstrecker daran gehindert wird, die Geschäftsführungsbefugnisse des Mündels oder des Erben persönlich auszuüben. Der gesetzliche Vertreter oder der Testamentsvollstrecker müßte sodann, um die Geschäftsführungspflicht des Mündels oder Erben zu erfüllen, einen Bevollmächtigten zur Ausübung dieser Befugnisse bestellen. Dieser Umweg ist erforderlich, will man nicht den Vollentzug aussprechen. Eine unmittelbare Einflußnahme auf den Drittausübungsberechtigten ist den Gesellschaftern versagt. Einen durchsetzbaren Anspruch hinsichtlich der Drittausübung haben die Gesellschafter nur auf die Geschäftsführungsbefugnis ihres Mitgesellschafters insgesamt oder, wenn die Drittausübung von ihrer Zustimmung abhängig ist, auf diese allein. Gerade bei der gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen bleibt ihnen nur die Möglichkeit, die gesellschaftsrechtliche Geschäftsführungsbefugnis des Minderjährigen durch besondere Pflichten zu beschränken. Die Geschäftsführungsbefugnis des Minderjährigen wäre dann, in Anlehnung an die oben geschilderte Möglichkeit eines Verbotes persönlicher Ausübung, durch eine Verpflichtung dahingehend einzuschränken, daß zwar die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch Nichtgesellschaftler in vollem Umfang gestattet ist, diese jedoch nicht persönlich ausüben dürfen, sondern ihrerseits sich durch

---

(172) Vgl. Gogos, S.21.

einen Bevollmächtigten in den Angelegenheiten der Gesellschaft vertreten lassen müssen. Gleiches gilt für die Beziehungen zwischen Gebrechlichkeitspfleger und Pflegebefohlenen (173).

Für den unter elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen nehmen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (174) beide Eltern gemeinsam die gesetzliche Vertretung wahr. Die Anwendung des Erforderlichkeitssatzes kann dazu führen, daß die eingetretene Störung bereits durch den Ausschluß eines Elternteiles beseitigt wird. Ein dahingehendes Urteil hat nicht den Ausschluß auch des anderen Elternteiles zur Folge. Vielmehr ist dann der eine Elternteil allein vertretungsbefugt (175). Die dogmatischen Begründungen dieser Erstarkung zur Alleingewalt sind nicht einheitlich. Teilweise wird das Ergebnis aus § 1629 Abs. 2, Satz 1 BGB unmittelbar gefolgert, teilweise aus einem Analogieschluß zu § 1678 BGB hergeleitet (176). Da die Gesamtvertretung eine aus der gemeinsamen Verantwortung für das Kind folgende Beschränkung des einzelnen Ehegatten darstellt, so muß diese Beschränkung entfallen, wenn ein Ehegatte aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gehindert ist, an der Verwirklichung der gemeinsamen Verantwortung teilzunehmen. So gesehen, folgt das Ergebnis der Alleinvertretungsbefugnis bei Verhinderung eines Ehegatten unmittelbar aus dem Sinn des § 1629 Abs. 2, Satz 1 BGB.

Schließlich bleibt darauf hinzuweisen, daß für den unter Vormundschaft oder elterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen das Gesetz bei Verhinderung des gesetzlichen Vertreters zur Besorgung seiner Pflichten die Bestellung eines Ergänzungspflegers vorsieht (§ 1909 BGB). Ein Urteil des geschilderten Inhalts nach § 117 HGB führt eine solche Hinderung des gesetzlichen Vertreters herbei. Weigert sich daher der gesetzliche Vertreter, einen Bevollmächtigten zu bestellen, so hat das Vormundschaftsgericht eine Ergänzungspflegschaft anzuordnen.

In diesen Formen der Ausübungsbeschränkung liegt keine positive Gestaltung. Wiederum wird nur der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters in der Weise vermindert, daß die Drittausübung nicht unmittelbar durch seinen Bevollmächtigten, gesetzlichen Vertreter oder Testamentvollstrecker erfolgen darf, sondern durch einen weiteren zu bevollmächtigen-

---

(173) Vgl. oben S. 24.

(174) in NJW 1959, S. 1483.

(175) Vgl. BGH in FamRZ 1958, S. 178 f. und in FamRZ 1960, S. 464 (466).

(176) Vgl. die Nachweise bei Gernhuber, S. 535.

den Nichtgesellschafter oder Ergänzungspfleger. Die Einsetzung des zusätzlichen Ausübungsberechtigten erfolgt nicht aufgrund des Gestaltungsurteils, sondern durch Rechtsgeschäft des Gesellschafters, zu dem dieser aufgrund seiner Pflicht zur Geschäftsführung verpflichtet ist. Die bislang zweigliedrige Kette des Rechts zur Geschäftsführung und seiner Ausübung verlängert sich um ein drittes Glied. Inhaber des Rechtes zur Geschäftsführung bleibt allein der Gesellschafter, ausübungsberechtigt ist kraft vertraglichen Gesellschaftsrechts nur der Gesellschafter, soweit er rechtlich dazu in der Lage ist und der zweite Nichtgesellschafter; ausgeschlossen von der Ausübung ist der ursprüngliche Bevollmächtigte, Testamentsvollstrecker oder gesetzlicher Vertreter. Dabei ist in diesem Rahmen unerheblich, ob der zweite Nichtgesellschafter "Vertreter des Vertreters" wird oder unmittelbar dem Prinzipal unterstellt wird (177).

Diese Lösung empfiehlt sich für den Testamentsvollstrecker und den gesetzlichen Vertreter. Auch für den Generalbevollmächtigten erscheint sie sinnvoll. Die Gruppen dieser Drittausübungsberechtigten nehmen die Geschäftsführungsbefugnisse des Gesellschafters nur neben einer ganzen Anzahl anderer Aufgaben, die nicht Geschäftsführung sind oder nicht einmal in Verbindung mit der Gesellschaft stehen, wahr. Der Aufgabenkreis des willkürlichen Spezialbevollmächtigten beschränkt sich auf die Ausübung der Geschäftsführungsbefugnisse allein. Diesem die persönliche Ausübung zu untersagen und einen zusätzlichen Bevollmächtigten einzusetzen, wäre wenig sinnvoll. Eine bessere Lösung bietet sich für diesen Fall über den Weg einer persönlichen Beschränkung der Zustimmung.

## 5. Die Beschränkung der Zustimmung

### a) Persönliche Beschränkungen der Zustimmung

Es wurde bereits ausgeführt, daß die Zustimmung zur Drittausübung der Geschäftsführungsbefugnis in unterschiedlichem Umfang erteilt werden kann (178).

Ebenso wie eine Zustimmung von vornherein nur in einem bestimmten Umfang erteilt werden kann, muß eine ursprünglich allgemeine Zustimmung späterhin auch eingeschränkt werden können. Die Beschränkung der Zustimmung ist deren Widerruf gegenüber weniger eingreifend, rechtfertigt sich also eben-

---

(177) Vgl. zu dieser Problematik besonders Siebenhaar in AcP Bd. 162, S. 354 ff.

(178) s.o. S. 31.

falls aus dem Grundsatz des mildesten Mittels. Die persönliche Beschränkung der Zustimmung kann ihrer Natur nach nur ein Auswechseln des ausübungsberechtigten Nichtgesellschafters herbeiführen. So kann die Zustimmung einmal im Sinne eines Teilentzuges in der Weise beschränkt werden, daß der geschäftsführende Gesellschafter einem ihm beliebigen Nichtgesellschafter die Ausübung seiner Befugnisse übertragen darf, mit Ausnahme desjenigen Nichtgesellschafters, der sie augenblicklich ausübt. Der Klageantrag müßte dann etwa lauten, daß die Zustimmung zur Drittausübung insoweit entzogen wird, als sie sich auf den Nichtgesellschafter X, den augenblicklich Ausübungsberechtigten, erstreckt. Mit Rechtskraft des Urteils würden die Handlungen des Nichtgesellschafters X nicht mehr als Handlungen des Gesellschafter-Geschäftsführers gelten. Dieser müßte, um seinen vertraglichen Pflichten nachzukommen, entweder selbst ausüben, was ihm ja ohnehin jederzeit freisteht, oder einen neuen ausübungsberechtigten Nichtgesellschafter bestellen. Dieses wäre eine negative Abgrenzung der Zustimmung.

Aber auch in positiver Weise kann die Zustimmung beschränkt werden, ohne daß dadurch der negative Charakter der Gestaltungsklage verloren geht. So kann die allgemeine Zustimmung dahin eingeschränkt werden, daß sie sich von der Rechtskraft des Urteils an nur auf bestimmte Personen erstreckt. Dieser eingeschränkte Personenkreis kann einmal nach bestimmten Qualifikationen ausgerichtet sein, etwa eine besondere Ausbildung voraussetzen, oder aber die dem Gesellschafter-Geschäftsführer zur Auswahl stehenden Personen namentlich aufführen. Schließlich ist denkbar, daß die Zustimmung auf die Drittausübung durch eine einzige bestimmte Person begrenzt wird. Auch die ursprünglich bereits in begrenztem Umfang erteilte Zustimmung kann mit der Klage aus § 117 HGB weiter eingeschränkt werden.

Alle diese Möglichkeiten sind gegenüber dem Widerruf der Zustimmung weniger einschneidend. Unschwer läßt sich erkennen, daß auch unter den hier aufgezeigten Beschränkungen eine Abstufung nach der Härte des Eingriffs besteht. So ist eine positive Begrenzung der Zustimmung einschneidender als die negative Begrenzung, daß nämlich nur eine bestimmte Person nicht ausüben dürfe.

Neben der verlängerten Drittausübung dürfte die persönliche Beschränkung der Zustimmung Hauptanwendungsfall einer Einflußnahme auf den Drittausübungsberechtigten sein. Beide unterscheiden sich jedoch in bezug auf die rechtliche Stellung des Drittausübungsberechtigten. Die persönliche Beschränkung ist beim Testamentsvollstrecker und beim gesetzlichen Vertreter nicht möglich, beim Generalbevollmächtigten wohl möglich, dagegen wenig sinnvoll, während beim Spezialbevollmächtigten die verlängerte Drittausübung zu Ungereimtheiten führen würde.

## b) Sachliche Beschränkungen der Zustimmung

Ebenso wie die Zustimmung persönlichen Beschränkungen unterworfen werden kann, können ihr auch sachliche Grenzen gezogen werden. Eine allgemeine Zustimmung erstreckt sich grundsätzlich auf alle in den Bereich der Geschäftsführung fallenden Handlungen. Tritt ein wichtiger Grund dafür ein, daß bestimmte Handlungen vom Gesellschafter-Geschäftsführer nunmehr persönlich wahrgenommen werden müssen, etwa die Zustimmung nach § 115 Abs. 2 HGB, so kann die Zustimmung in der Weise begrenzt werden, daß sie sich nicht auf die Drittausübung dieses bestimmten Rechtes beziehen soll, oder aber, daß die Drittausübung nur im Zusammenwirken mit dem Gesellschafter erfolgen soll. Auch ist denkbar, daß bestimmte Zweige der Geschäftsführungsbefugnis, etwa die kaufmännische oder technische Leitung, von der Zustimmung zur Drittausübung nachträglich ausgenommen werden. Der Gesellschafter-Geschäftsführer muß diese Geschäfte dann selbst ausüben. Auch in diesen Fällen handelt es sich stets um eine Verminderung der Geschäftsführungsbefugnisse, nämlich dergestalt, daß für bestimmte Geschäfte die Pflicht zur Selbstausübung wiederhergestellt wird. Diese Beschränkungen sind, abgesehen von der gütlichen Einigung, nur über die Klage aus § 117 HGB möglich.

Bei dem Testamentsvollstrecker oder beim gesetzlichen Vertreter ist die sachliche Beschränkung der Zustimmung allein nicht möglich. Hier muß entweder die Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters selbst eingeschränkt werden, oder aber für bestimmte Geschäfte die verlängerte Drittausübung durch eine Klage gemäß § 117 HGB herbeigeführt werden.

## 6. Die materiellen Voraussetzungen der Klage

Das Reichsgericht (179) hatte ausgesprochen, daß das Wort "kann" in den §§ 133, 140 HGB das Gericht verpflichtet, mit der beantragten Maßnahme in den Gesellschaftsvertrag einzugreifen, wenn nach seinem pflichtgemäßen Ermessen die Voraussetzungen für ein Eingreifen vorhanden sind. Aus einem Nachsatz geht hervor, daß diese, in das Ermessen des Gerichts gestellte Voraussetzung jeweils der wichtige Grund im Sinne dieser Vorschrift sein sollte. Bei der Ermessensentscheidung, ob also ein wichtiger Grund vorliegt oder nicht, sollte der Billigkeit Rechnung getragen werden. Diese Argumentation

---

(179) RGZ 122, S. 312 (314).

des Reichsgerichts müßte, ihre Richtigkeit unterstellt, auch für § 117 HGB zu treffen. Damit wird aber für die Auswahl des jeweiligen Mittels auf den materiellen Gehalt des wichtigen Grundes abgestellt; mit anderen Worten, geringere Anlässe führen zu geringeren Eingriffen. Obwohl in einer späteren Entscheidung des Reichsgerichts (180) in dem Satz, "daß von dieser Maßregel (Ausschluß eines Gesellschafters) nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn das Ziel der Ausschließung nicht auf anderem Wege erreicht werden kann", Andeutungen einer Änderung seiner Ansicht gefunden werden können, weicht diese Entscheidung nicht von der des 122. Bandes ab, auf die sie sich im übrigen ausdrücklich bezieht.

Diese Auffassung läßt sich indes nicht mit dem Erforderlichkeitssatz vereinbaren. Wie bereits dargelegt wurde, läßt sich eine Abstufung des wichtigen Grundes nach seinem jeweiligen materiellen Gehalt zwischen den §§ 133, 140, 127/117 HGB schon vom Gesetzeswortlaut her nicht treffen. Entscheidend ist jedoch, daß jeder Eingriff, sei er nach der hier vorgenommenen Ausdehnung des § 117 HGB auch noch so milde, eine schwerwiegende Vertrauensstörung voraussetzt. Geringe Unstimmigkeiten müssen von den Gesellschaftern hingenommen werden, soll das Vertragsprinzip nicht seinen Sinn verlieren. Die frühe Auffassung des Reichsgerichts wird denn auch heute allgemein abgelehnt (181). Zunächst hatte sich nun die Formel durchgesetzt, daß bei einem Teilentzug der wichtige Grund stets auch einen Vollentzug der Geschäftsführungsbefugnis rechtfertigen müsse (182). Lukes (183) hat darauf hingewiesen, daß damit die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Vollentzugs und des Teilentzugs in einer "unglücklichen und unklaren" Weise miteinander verflochten würden. Er hält stattdessen dafür, den wichtigen Grund von der Unzumutbarkeit einer Fortsetzung der jeweiligen Rechtsbeziehung her abzugrenzen (184). Materielle Voraussetzung für den Vollentzug ist nach Lukes daher, daß die ganze Geschäftsführung durch den Gesellschafter-Geschäftsführer für die übrigen Gesellschafter unzumutbar sein muß; ein Teilentzug ist aber dann und insoweit begründet, als die Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis in der bisherigen Form nur zum Teil unzumutbar ist. Neben den Gründen, die bereits früher gegen die Einbeziehung

---

(180) RGZ 146, S.169 (180).

(181) Vgl. etwa Fischer in NJW 1959, S.1059; Lukes in JR 1960, S.46; Hueck in SJZ 1948, Sp.756; ders., Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S.110

(182) So etwa Hueck, aaO., und OGHZ 1, S.39.

(183) aaO.

(184) So auch Peters in NJW 1965, S.1213, und Serwe, S.7 und S.107.

der Zumutbarkeit in den Rahmen des § 117 HGB angeführt wurden, muß der Ansicht von Lukes entgegengehalten werden, daß sie eine Rückkehr zur Entscheidung des Reichsgerichts im 122. Band darstellt. Indem der Begriff des wichtigen Grundes mit dem Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit ausgefüllt wird, wird auf einem Umweg die qualitative Unterscheidung des wichtigen Grundes als Voraussetzung der Begründetheit der Entziehungsklage wieder eingeführt, da die Unzumutbarkeit in verschieden starkem Maße gegeben sein kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung des § 117 HGB aus der Lehre vom Übermaßverbot her ergibt sich, daß der wichtige Grund nicht in ein Verhältnis zu dem anzuwendenden Mittel gebracht werden kann. Seine Tatbestandsmäßigkeit ist allein aus den konkreten Umständen der eingetretenen Vertrauensstörung im Einzelfall zu bestimmen. Er ist in seinen materiellen Voraussetzungen vom Gesetzgeber nur unscharf abgegrenzt; insoweit bleibt ein recht weiter Raum für die richterliche Wertung. Der wichtige Grund ist als selbständige Voraussetzung der Begründetheit der Klage, ohne jeden Bezug auf die Härte des beantragten Eingriffs, aufzufassen. § 117 HGB stellt einheitlich für alle Mittel Mindestvoraussetzungen an den wichtigen Grund. Als zweite Voraussetzung der Begründetheit steht neben dem wichtigen Grund die Erforderlichkeit des beantragten Mittels in dem früher dargelegten Sinn. So erhält auch die Formel, daß der wichtige Grund auch bei einem Teilentzug stets einen Vollentzug rechtfertigen müsse und daß andererseits der Vollentzug nur zulässig sei, wenn ein Teilentzug zur Beseitigung der Störung nicht ausreicht, die von Lukes vermißte Klarheit. Beide, wichtiger Grund und Erforderlichkeit des Mittels, sind nicht zu verbinden, sondern streng zu trennen. Der wichtige Grund ist Voraussetzung für das richterliche Eingreifen überhaupt und duldet keinerlei Abschwächung. Die Härte des Eingriffs, die Wahl des mildesten Mittels, bestimmt sich nach dem Erforderlichkeitssatz.

In diesem Sinne hat wohl, wenn auch nicht mit der erwünschten Deutlichkeit, der Bundesgerichtshof (185) entschieden, indem er, obwohl ein wichtiger Grund zur Ausschließungsklage gegeben war, diese als unbegründet abgewiesen hat, nachdem die Kläger eine im Vergleichswege vorgeschlagene, weniger hart treffende, aber doch ausreichende Maßnahme abgelehnt hatten (186). Auch die Bemerkungen Hartmanns (187) deuten in diese Richtung. So allein

---

(185) BGHZ 18, S.351 (362 f.).

(186) Vgl. zu diesem besonderen Fall auch schon RGZ 146, S.169 (181 f.).

(187) S.5.

behält das Erfordernis des wichtigen Grundes seine eigentliche Bedeutung, nämlich die Anzahl der Möglichkeiten, in den Gesellschaftsvertrag einzugreifen, zu begrenzen und eine Verwässerung der gesetzlichen Eingriffsmöglichkeiten zu verhindern.

Es wird vielfach vertreten, daß bei der Prüfung des wichtigen Grundes ein störendes Verhalten des Klägers mit zu berücksichtigen sei (188). Der Bundesgerichtshof (189) hat diese Prüfung sogar dann zugelassen, wenn der wichtige Grund allein in der Person des Beklagten liegen muß, wie etwa in § 140 HGB. Eine Berücksichtigung des Verhaltens des klagenden Gesellschafters kann naturgemäß nur dazu führen, daß der wichtige Grund überhaupt entfällt, oder aber ohne Rücksicht auf eigenes störendes Verhalten des klagenden Gesellschafters angenommen wird. Der Bundesgerichtshof und Geßler (190) leiten die Notwendigkeit einer solchen Einbeziehung aus der gesellschaftlichen Treupflicht her. Es erscheint indes zutreffender, gerade im Hinblick auf die subjektive Bezogenheit des wichtigen Grundes in § 140 HGB, diese Folgen der Treupflicht nicht in den Tatbestand des wichtigen Grundes einzubeziehen, sondern in solchen Fällen die Klage daraufhin zu prüfen, ob sie nicht eine mißbräuchliche Rechtsausübung darstellt. Es entspricht dem Gedanken der Treupflicht besser, ein Verhalten der Gesellschafter an ihr zu prüfen, eben die Klageerhebung, anstatt sie in die Prüfung eines objektiven Tatbestandes, des wichtigen Grundes nämlich, einzubeziehen. Dementsprechend prüft das Oberlandesgericht Hamm (191) auch, ob wegen eines Mitverschuldens des klagenden Gesellschafters die von ihm erhobene Ausschlußklage etwa gegen Treu und Glauben verstößt. Wird eine Entziehungs- oder Beschränkungsklage gemäß § 117 HGB aus diesen Gründen abgewiesen, so bleibt der Unfriede unter den Gesellschaftern bestehen. Stören aber sämtliche Gesellschafter das Vertrauensverhältnis, so ist eine Lösung nicht in der Entmachtung eines einzelnen zu finden; hier ist das vertragliche Band insgesamt brüchig, die Gesellschaft wäre aufzulösen.

---

(188) Vgl. etwa RGZ 122, S.312 (314); BGH in JZ 1952, S.276; Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.5.

(189) BGHZ 18, S.351 (362 f.).

(190) aaO.

(191) in MDR 1964, S.330.

## 7. Richterliche Vertragsänderung und Minderjährigenschutz nach § 1822 Ziff.3 BGB

Wie dargelegt wurde, handelt es sich bei Eingriffen nach § 117 HGB stets um richterliche Vertragsgestaltung, also um Änderungen des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages. Es fragt sich, ob diese Durchbrechung des Vertragsprinzips nicht in den Fällen, in denen ein minderjähriger Gesellschafter aus § 117 HGB verklagt wird, mit dem Minderjährigenschutz in Konflikt gerät. Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit einem Minderjährigen unterliegt nach § 1822 Ziff.3 BGB der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. Nun bezieht sich § 1822 Ziff.3 BGB zwar seinem Wortlaut nach nur auf den Abschluß von Gesellschaftsverträgen, nicht dagegen auf Änderungen des genehmigten Vertrages. In der Literatur wird aber teilweise vertreten, daß man dem Zweck des § 1822 Ziff.3 BGB nur dann gerecht werden könne, wenn auch jede Änderung des Vertrages genehmigungspflichtig sei (192). Diese Bedenken können nicht damit abgetan werden, daß bei Änderungen des Vertrages nach §§ 117, 127, 140 HGB ja der Richter entscheidet, da dieser wesentlich andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen hat als der Vormundschaftsrichter. Auch ist der Fall einer Vertragsänderung nach § 117 HGB nicht gleichzusetzen mit einer Änderung unter Einhaltung des Vertragsprinzips. Hier ist der Minderjährige gegen eine mißbräuchliche Ausnutzung durch die Mitgesellschafter durch deren persönliche Mithaftung und durch sein eigenes Stimmrecht geschützt. Eine denkbare Sondergestaltung des Stimmrechts, etwa ein Mehrheitssystem, wurde bereits bei der Genehmigung des Vertragsabschlusses vom Vormundschaftsgericht in Kauf genommen. Gegen schädigende Handlungen seines gesetzlichen Vertreters ist der Minderjährige durch dessen Haftung nach § 1833 BGB und durch strafrechtliche Vorschriften ausreichend geschützt. Daß eine Genehmigung vertraglicher Änderungen vom Gesetz nicht bezweckt sei, hat der Bundesgerichtshof (193) am Beispiel der Prokuraerteilung einleuchtend dargelegt. Auch Hueck (194) und Baumbach-Duden (195) folgen nunmehr dieser Ansicht (196).

---

(192) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 105 Anm.14, § 130 Anm.7; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2.Aufl., S.251; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm.54; Baumbach-Duden, 14.Aufl., § 105 Anm.1 B; Siebert-Lange, § 1822 Anm.31.

(193) BGHZ 38, S.27 ff.

(194) Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., S.46 f.

(195) 17.Aufl., § 105 Anm.1 B.

(196) Einschränkung Biddermann, S.68 ff.

Diese Argumentation kann jedoch nur für rechtsgeschäftliche Vertragsänderungen gelten. § 1822 Ziff.3 BGB will nicht jede unternehmerische Einzelmaßnahme des gesetzlichen Vertreters der Kontrolle des Vormundschaftsgerichts unterstellen, sondern das Gericht nur dann einschalten, wenn bei Vertragsabschluß die Interessen der Gesellschafter einander gegenüberstehen. Während des Bestehens der Gesellschaft ist dagegen für jedermann davon auszugehen, daß unter der Herrschaft des Vertragsprinzips die Interessen aller Gesellschafter in gleicher Richtung laufen. Im Falle des § 117 HGB tritt das Vertragsprinzip aber gerade zurück. Die Interessen der Gesellschafter fallen auseinander und liegen ähnlich wie beim Vertragsabschluß. Durch eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse könnte der Vertrag eine Gestalt gewinnen, die das Vormundschaftsgericht, wäre sie bereits bei Vertragsabschluß gegeben gewesen, nicht genehmigt haben würde. Anders als bei der vertraglichen Änderung kann der gesetzliche Vertreter diese Änderung nicht beeinflussen, kann dem Minderjährigen also auch nicht für die Pflichtgemäßheit der Änderung haften. Eine solche Änderung liegt auch außerhalb des regelmäßigen Unternehmerrisikos, das wohl von der Genehmigung bei Vertragsabschluß gedeckt wird.

Durch die Änderung des Gesellschaftsvertrages nach § 117 HGB soll durch den Richter unter Beseitigung von Störungen ein Idealzustand wiederhergestellt, soll Schaden von der Gesellschaft abgewendet werden. Der wichtige Grund darf nicht in gesellschaftsfremden Sonderinteressen einzelner oder einer Mehrheit der Gesellschafter liegen. Der Rechtsbehelf kann also nur im Gemeinschaftsinteresse geltend gemacht werden. Dies stellt die Anwendung des Erforderlichkeitssatzes sicher. Ein weiterer Schutz des beklagten minderjährigen Gesellschafters liegt in seiner Klagemöglichkeit nach den §§ 133, 140 HGB. Einer Sicherung seinem gesetzlichen Vertreter gegenüber bedarf der Minderjährige nur bei einem schuldhaften Verhalten. Ein weitergehender Schutz, als ihn die Anwendung des Erforderlichkeitssatzes durch den Richter gewährleistet, ist nicht erforderlich. Der Minderjährigenschutz rechtfertigt also eine Ausdehnung des § 1822 Ziff.3 BGB auch nicht im Falle richterlicher Vertragsänderungen.

## 8. Die Beteiligung des Nichtgesellschafters am Rechtsstreit

Der geschäftsführende Nichtgesellschafter könnte sich am Rechtsstreit zwischen dem beklagten Gesellschafter und dessen Mitgesellschaftern nur in den Formen der Streithilfe (Nebenintervention) oder der Streitgenossenschaft beteiligen.

Eine Streitgenossenschaft des Nichtgesellschafters und des beklagten Gesellschafters würde voraussetzen, daß beide hinsichtlich des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stünden oder aus demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund zu Geschäftsführungshandlungen gegenüber den übrigen Gesellschaftern berechtigt wären (§ 59 ZPO). Streitgegenstand ist der Gesellschaftsvertrag in seinen besonderen Vorschriften zur Geschäftsführung. Hinsichtlich des Gesellschaftsvertrages steht der ausübungsberechtigte Nichtgesellschafter nicht in Rechtsgemeinschaft mit dem Gesellschafter. Aus dem Gesellschaftsvertrag stehen ihm keinerlei Rechte zu. Gesellschafter und Nichtgesellschafter sind auch aus verschiedenen rechtlichen Gründen zu Handlungen gegenüber den Mitgesellschaftern befugt. Die Befugnis des Gesellschafter-Geschäftsführers beruht auf dem Vertrag, auf seiner Gesellschafterstellung. Die Berechtigung des Nichtgesellschafters dagegen folgt aus seinem Vertrag mit dem die Ausübung überlassenden Gesellschafter. Er selbst hat keinerlei rechtliche Beziehung zu den übrigen Gesellschaftern. Deshalb kann der Nichtgesellschafter auch nicht nach der sehr weit auszulegenden Vorschrift des § 60 ZPO Streitgenosse werden. Eine Streitgenossenschaft, als Vereinigung mehrerer Einzelprozesse zu einem Einzelprozeß verlangt also stets die materielle Parteifähigkeit des Streitgenossen.

Diese materielle Parteifähigkeit des Nichtgesellschafters ist nicht erforderlich für eine Streithilfe. Nach § 66 ZPO genügt zur Zulässigkeit der Streithilfe das rechtliche Interesse am Obsiegen einer Partei.

Mit Pohle (197) läßt sich dieses rechtliche Interesse dahingehend zusammenfassen, daß sich entweder die Rechtskraft des Urteils unmittelbar auf den Streithelfer erstreckt oder daß die unter den Parteien zu entscheidende Rechtsfolge einen Teil des Tatbestandes bildet, durch den das Recht oder die Pflicht des Nichtgesellschafters begründet wird. Von dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters, der durch das zu erlassende Urteil begrenzt wird, hängt unmittelbar die Befugnis des ausübungsberechtigten Dritten ab, Geschäftsführungshandlungen seines Prinzipals mit Wirkung gegenüber den Mitgesellschaftern vorzunehmen. Im Regelfall ist daher eine Streithilfe durch den Nichtgesellschafter zulässig.

Bei der gesetzlichen Vertretung ist eine Streithilfe dagegen nicht zulässig. Der gesetzliche Vertreter ist zwar nicht selbst Partei im Prozeß des von ihm Vertretenen, doch vertritt er den Minderjährigen auch in der prozeßrechtlichen Parteistellung. Er kann nicht einer Partei beitreten, deren Parteistellung

---

(197) in Stein-Jonas, § 66 Anm.IV, 3.

er bereits aufgrund des Vertretungsrechts wahrnimmt (198). Für den gewillkürten Vertreter gelten diese Bedenken jedoch nicht; er ist berechtigt, im Prozeß des Gesellschafter-Geschäftsführers diesem beizutreten (199).

## 9. Die Bindung des Richters an den Antrag

Hueck (200) ist der Ansicht, daß ein Teilentzug gegenüber dem Vollentzug eine nur teilweise Verurteilung bedeute, die auch ohne besonderen Antrag der Parteien aufgrund des pflichtgemäßen Ermessens des Richters zulässig sei (201). Träfe dies zu, so müßte Gleiches gelten für das Verhältnis der einzelnen Teilentzugsklagen untereinander.

Die Berechtigung dieser Ansicht ist an § 308 ZPO zu untersuchen. § 308 ZPO hindert nicht, daß das Gericht statt des beantragten Mehr ein Weniger zuerkennt. Sicherlich liegt in einem Teilentzug der Geschäftsführungsbefugnis ein geringerer Eingriff in das Vertragsprinzip als in einem Vollentzug. Das folgt bereits aus der Berechtigung des Teilentzugs selbst. § 308 ZPO stellt indes nicht auf das Verhältnis der verschiedenen Eingriffe in die beeinträchtigte Rechtssphäre ab, sondern auf den materiellen Erfolg der Klage. Hinsichtlich des materiellen Erfolgs eines Vollentzugs oder Teilentzugs läßt sich eine Abstufung nach dem Mehr oder Weniger aber nicht treffen. Materieller Erfolg jedes Urteils nach § 117 HGB ist die Änderung des Gesellschaftsvertrages. Ein Vertrag mit beschränkter Geschäftsführungsbefugnis ist aber kein Minus gegenüber einem Vertrag ohne jegliche Geschäftsführungsbefugnis. Die Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters steht im Vertragsgefüge nicht vereinzelt da, sie steht in engem Zusammenhang mit den Befugnissen aller anderen Gesellschafter. Durch ihre Änderung tritt durchweg eine Umverteilung des gesamten Gleichgewichtes innerhalb der Gesellschaft ein. Ein Teilentzug greift zwar mehr oder weniger stark in dieses Gleichgewicht ein, verringert es aber nicht, sondern ändert es. Die durch Urteil nach § 117 HGB zwischen den Gesellschaftern zu entscheidende Rechtsfolge ist also nicht ein Mehr oder Weniger, je nachdem, ob Vollentzug oder Teilentzug ausgesprochen wird. Die rechtliche Tragweite der Entschei-

---

(198) Vgl. Rosenberg, S.200; Baumbach-Lauterbach, § 66 Anm.2 A.

(199) Vgl. Wieczorek, § 66 Anm.A, II, a, 2.

(200) Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., S.110.

(201) So auch Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.3.

dung, wie es Lukes (202) im Anschluß an das Reichsgericht (203) formuliert, ist also bei einem Teilentzug verschieden von der eines beantragten Vollentzugs (204).

Dies muß auch im Verhältnis der einzelnen Eingriffe innerhalb eines Teilentzugs gelten, also etwa zwischen dem Widerruf der Zustimmung und einer persönlichen Beschränkung der Zustimmung. Hält daher der Richter den beantragten Widerruf der Zustimmung zur Beseitigung der Störung für nicht erforderlich, so kann er nicht nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen eine persönliche Beschränkung aussprechen. Er muß vielmehr, wenn die klagenden Gesellschafter auch nach einem Hinweis gemäß § 139 ZPO auf ihrem Antrag beharren, die Klage wegen Verletzung des Übermaßverbotes abweisen.

Es bleibt zu prüfen, ob der Richter einen Teilentzug dann aussprechen kann, wenn der beklagte Gesellschafter der einzige Geschäftsführer der Gesellschaft ist und der Gesellschaftsvertrag eine Ersatzlösung nicht vorsieht. Die Geschäftsführungsbefugnisse selbst zu gestalten, ist dem Richter versagt. Flechtheim (205) und Geßler (206) sind der Ansicht, daß in einem solchen Falle eine Entziehung - und dementsprechend also auch ein Teilentzug - nicht ausgesprochen werden dürfe, weil dadurch der Gesellschaftsvertrag undurchführbar werde und eine solche Rechtsfolge von der richterlichen Befugnis nicht gedeckt werde. Richtiger Ansicht nach wird der Gesellschaftsvertrag aber nicht undurchführbar im Sinne einer rechtlichen Unmöglichkeit, da es denkbar und rechtlich zulässig ist, daß alle Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind und die Führung der Geschäfte einem Nichtgesellschafter übertragen ist (207). Allein die praktische Durchführbarkeit ist in Frage gestellt. Diese zu sichern, ist aber nicht Aufgabe des Richters, sondern der Gesellschafter. Diese müssen sich sodann einigen oder die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen (208).

---

(202) in JR 1960, S.47.

(203) in JW 1936, S.1125.

(204) So Lukes, aaO.; Fischer in NJW 1959, S.1057 ff.; Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 133 Anm.16; OLG Hamm in MDR 1964, S.330.

(205) in Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 117 Anm.10.

(206) in Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.10 und 13.

(207) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 114 Anm.4; Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 114 Anm.10; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S.85; a.A. Schlegelberger-Geßler, § 114 Anm.6.

(208) So Hueck, aaO., S.111; Fischer in NJW 1959, S.1061 f. Vgl. dort auch weitere Fälle besonderer Wirkungen einer Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis.

## 10. Die einstweilige Verfügung

Es ist allgemein anerkannt, daß bis zum Erlaß des Urteils nach § 117 HGB eine vorläufige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch eine einstweilige Verfügung ausgesprochen werden kann (209). Sie hat die Voraussetzungen des § 117 HGB zu beachten und ist streng zu unterscheiden von einer Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch einstweilige Verfügung bei Auflösungs-, Ausschluß- oder Übernahmeklage sowie bei der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Gesellschaft. Sie ist in dem gleichen Umfang auch bei der Klage auf Teilentzug der Geschäftsführungsbefugnis möglich.

Allerdings dient die einstweilige Verfügung nicht, wie Weipert (210) meint, der Sicherung des Antrags nach § 117 HGB. Das würde bedeuten, daß die einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO, die der künftigen Verwirklichung eines Anspruchs dienen soll, zu erfolgen habe. Durch ein Verbleiben der Geschäftsführung in ihrer bisherigen Ausgestaltung bis zur Rechtskraft des Urteils wird aber nicht der Anspruch der übrigen Gesellschafter aus § 117 HGB oder dessen Durchsetzbarkeit gefährdet, sondern allenfalls die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft. Die einstweilige Verfügung soll der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf die Geschäftsführung der Gesellschaft dienen, soll also verhindern, daß der Geschäftsführer seine Befugnisse bis zum Erlaß des Entziehungsurteils mißbraucht oder durch seine Unfähigkeit Schaden verursacht. Rechtsgrundlage einer einstweiligen Verfügung ist daher allein § 940 ZPO (211).

Die zur Regelung des einstweiligen Zustandes notwendigen Maßnahmen kann das Gericht nach freiem Ermessen bestimmen (§ 938 ZPO). Ob dieses Ermessen des Gerichts allerdings soweit geht, daß es einen Nichtgesellschafter zur vorläufigen Wahrnehmung der Geschäftsführung einsetzen kann, erscheint zweifelhaft (212). Der Bundesgerichtshof (213), auf den Baumbach-Duden seine Ansicht stützt, hatte indes über eine Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch einstweilige Verfügung innerhalb einer Ausschlußklage nach § 140 HGB zu entscheiden. In einer entsprechenden Anwendung des § 146 Abs.2 HGB bejahte er die Befugnis des Richters, aus eigenem Ermessen einen Nichtgesell-

---

(209) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 117 Anm.18; Weipert in RGR-Komm. zum HGB, § 117 Anm.27; Hueck, aaO., S.109; BGHZ 33, S.107.

(210) aaO.

(211) So richtig Ritter, § 117 Anm.3 a.

(212) So aber Baumbach-Lauterbach, § 940 Anm.3 B.

(213) BGHZ 33, S.105.

schafter mit der Wahrnehmung der Geschäftsführung zu betrauen. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Notwendigkeit der Abwicklung bei Ausschluß eines Gesellschafters es rechtfertigt, dem Richter über § 938 ZPO die Befugnis einzuräumen, positiv gestaltend in den Gesellschaftsvertrag einzugreifen. Auf keinen Fall kann diese Befugnis bei einstweiligen Verfügungen bestehen, die den Zustand zwischen Klageerhebung und Urteil nach § 117 HGB vorläufig regeln sollen, auch dann nicht, wenn die klagenden Gesellschafter die Bestellung eines Dritten gleichzeitig mit der Entziehungsklage beantragen. Die positive Gestaltung des Gesellschaftsvertrages bleibt dem Richter auch im Rahmen des Verfahrens einer einstweiligen Verfügung versagt (214).

## C. DIE KLAGE GEGEN DEN NICHTGESELLSCHAFTER

### 1. Die unmittelbare Anwendung des § 117 HGB

In der Rechtsprechung ist die Frage behandelt worden, ob § 117 HGB auch gegen den ausübungsberechtigten Nichtgesellschafter unmittelbar anwendbar sei (215). In der Literatur hat wohl nur Hueck (216) eine Klage aus § 117 HGB gegen den Nichtgesellschafter zugelassen, und zwar für den Fall, daß der Ehemann einer Gesellschafterin befugt ist, Gesellschafterrechte für die Frau auszuüben. Es kann unterstellt werden, daß Hueck dabei nur das alte eheliche Güterrecht im Auge hatte.

Wie bereits mehrfach ausgesprochen, ist § 117 HGB ein gesellschaftsrechtlicher Rechtsbehelf; er hat eine Änderung des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstand. Eine Änderung des Vertrages kann aber nur unter den Parteien des Vertrages erfolgen. Keine der aufgezeigten Formen der Drittausübung von Gesellschafterrechten führt aber, das verkennt auch Hueck nicht, zu einer der Gesellschafterstellung auch nur ähnlichen Rechtsposition des ausübungsberechtigten Dritten. Alle Ausübungsberechtigten üben fremde Rechte in fremdem Namen aus oder handeln als Beauftragte oder Angestellte des Gesellschafters. Die Zustimmung zur Drittausübung, die allein Gegenstand des Rechtsstreits ist, schafft

---

(214) s.o. S.53.

(215) Vgl. OGHZ 1, S.33 ff. und BGHZ 36, S.292.

(216) Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3.Aufl., S.106  
Anm.87.

nur dem Gesellschafter eine besondere Rechtsposition. Die Wirksamkeit des Vertrages zwischen Gesellschafter-Geschäftsführer und ausübungsberechtigtem Nichtgesellschafter wird durch die Entziehungsklage nicht berührt. Durch das Urteil nach § 117 HGB wird lediglich bestimmt, in welchem Umfang die Mitgesellschafter Erklärungen und Handlungen des Nichtgesellschafters als Erklärungen und Handlungen des Gesellschafter-Geschäftsführers gegen sich gelten lassen müssen. Partei einer Klage aus § 117 HGB kann also nur ein Gesellschafter sein.

Auch in der Form einer Prozeßstandschaft kann der Nichtgesellschafter nicht Partei des Entziehungsprozesses werden. Bei der Prozeßstandschaft wird ein fremdes Recht im eigenen Namen entweder aus eigenem oder fremdem Recht im Prozeß verfolgt. Dabei bleibt also sichergestellt, daß der Nichtgesellschafter keinesfalls eigene Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag herleiten kann. Bei der Prozeßstandschaft aus eigenem Recht wären lediglich die güterrechtlichen Verwaltungsrechte sowie das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers denkbar. Beim alten gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung war die Prozeßstandschaft in § 1380 BGB a.F. festgesetzt. Die Prozeßstandschaft war aber nur eine Folge des allgemeinen Verwaltungsrechtes nach § 1374 BGB a.F. Die Rechte der Ehefrau aus dem Gesellschaftsvertrag unterfallen diesem Verwaltungsrecht jedoch nicht, da das Wesen der Mitgliedschaft dem entgegensteht. Eine Prozeßstandschaft nach § 1422 BGB n.F. scheidet aus, da die Mitgliedschaft als Sondergut nicht dem Gesamtgut unterfällt.

Auch eine Prozeßstandschaft des Testamentsvollstreckers aus eigenem Recht ist nicht möglich, da dieser nur aufgrund besonderer Vollmacht, also kraft fremden Rechts und in fremdem Namen die Mitgliedschaftsrechte des Erben wahrnehmen kann.

Die Prozeßstandschaft kraft fremden Rechts (Prozeßgeschäftsführung) erfordert eine Ermächtigung des Nichtgesellschafters durch den Gesellschafter. Das Institut der Ermächtigung wurde aber bereits als mit dem Wesen der Mitgliedschaft unvereinbar abgelehnt (217). Der Nichtgesellschafter handelt stets in fremdem Namen.

---

(217) s.o. S.15.

## 2. Versuch einer analogen Anwendung des § 117 HGB

Es bleibt zu prüfen, ob eine analoge Anwendung des § 117 HGB ein unmittelbares Vorgehen gegen den Nichtgesellschafter ermöglichen kann. Dem eindeutigen Wortlaut des § 117 HGB nach kann die Entziehungsklage nur gegen einen Gesellschafter gerichtet werden; über diese klare Abgrenzung hilft auch eine Auslegung nicht hinweg. Aus den Materialien zum Handelsgesetzbuch und zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber die Problematik der Drittausübung von Gesellschafterrechten, soweit sie über die entsprechende Anwendung des § 664 BGB hinausgeht, gesehen hat. Das Institut der Drittausübung hat sich in seiner eigentlichen Tragweite im Gesellschaftsrecht erst in jüngerer Zeit entwickelt. Dies wird besonders deutlich am Fall der Testamentsvollstreckung. Die neueren Erkenntnisse zum Wesen der Mitgliedschaft, insbesondere dessen Gegenüberstellung zu individualrechtlichen Institutionen des Vertretungs-, Familien- oder Erbrechts konnte der Gesetzgeber nicht berücksichtigen. Es liegt eine Gesetzeslücke vor.

Ein diese Gesetzeslücke ausfüllender Analogieschluß ist nur möglich, wenn es sich bei der Entziehung der Befugnisse eines Gesellschafters und bei der Entziehung einer Drittausübungsbefugnis um "wesensgleiche Tatbestände" (218) handelt, deren Gleichbehandlung zwingend aus einem Obersatz hergeleitet werden kann. Dieser Obersatz wiederum ist aus der rechtspolitischen Zwecksetzung des § 117 HGB abzuleiten (219).

Aus dem bisher Gesagten läßt sich als rechtspolitischer Zweck des § 117 HGB herauschälen, daß das Vertragsprinzip einer richterlichen Vertragsgestaltung dann weichen muß, wenn Störungen des Gesellschaftsverhältnisses eine Änderung der Geschäftsführungsbefugnisse der Gesellschaft erforderlich machen. Der abstrakte Obersatz, der zugleich für die §§ 127, 140 und 133 HGB gilt, lautet demnach, daß Vertragsänderungen bei Vorliegen eines wichtigen Grundes unter Umgehung des Vertragsprinzips durch richterliche Entscheidung vorgenommen werden können. Dabei kann auch hier unentschieden bleiben, ob in den Obersatz nicht eine Begrenzung dahingehend aufgenommen werden muß, daß die richterliche Entscheidung nur eine Gestaltung der Geschäfts-

---

(218) RGZ 137, S.13.

(219) Vgl. zur Methode Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S.81 ff.

führung oder Vertretung, einen Ausschluß und die Auflösung der Gesellschaft zum Gegenstand haben kann (220). Entscheidendes Grundprinzip, das auch dem Obersatz innewohnt, ist die Gestaltung des Vertrages. Ihrer Natur nach kann die Änderung des Gesellschaftsvertrages nur unter den Partnern dieses Vertrages, den Gesellschaftern, erfolgen, sei es im Einklang mit dem Vertragsprinzip, sei es durch richterlichen Entscheid, der allen Gesellschaftern gegenüber rechtskräftig werden muß. Hierin unterscheidet sich der Obersatz nicht von der positiv gesetzlichen Vorschrift.

Diese Feststellungen verbieten einen Analogieschluß. Aus dem Obersatz folgt zwingend, daß gegen einen Nichtgesellschafter die rechtspolitischen Zwecke des § 117 HGB nicht durchgesetzt werden können. Die Ausfüllung der Gesetzeslücke kann also nur auf dem Wege einer unmittelbaren Anwendung des § 117 HGB gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer unter Einbeziehung des Grundsatzes vom mildesten Mittel erfolgen.

---

(220) s.ö. S.43 f.

#### IV. KRITIK DER ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDES- GERICHTSHOFES UND DES OBERSTEN GERICHTSHOFES FÜR DIE BRITISCHE ZONE

##### 1. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes

Betrachtet man im Lichte der gefundenen Ergebnisse die eingangs wiedergegebenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, so zeigt sich, daß ihre gegensätzlichen Aussagen über die Anwendbarkeit des § 117 HGB bei Wahrnehmung der Geschäftsführung durch Nichtgesellschafter im wesentlichen auf einer unzutreffenden Einordnung der Drittausübung beruhen.

Der Bundesgerichtshof (221) grenzt zunächst die Drittausübung mit erfreulicher Klarheit von der Übertragung der eigenen Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters ab und betont die Unzulässigkeit der Abspaltung eines Verwaltungsrechtes von dem Gesellschaftsanteil.

Bei dieser negativen Abgrenzung der Drittausübungsbefugnis läßt es der Bundesgerichtshof bewenden. Seine Ausführungen, daß der Nichtgesellschafter von den geschäftsführenden Gesellschaftern mit Weisungen versehen und von ihnen auch abberufen werden könne, lassen jedoch darauf schließen, daß der Bundesgerichtshof einen Vertrag zwischen den Gesellschaftern und dem Dritten annimmt. Er spricht auch von einem Rechtsverhältnis des Dritten zur Gesellschaft. Geßler (222) hat dies im Anschluß an die Entscheidung deutlich ausgesprochen und die Rechtsstellung des geschäftsführenden Nichtgesellschafters auf einen Vertrag zwischen ihm und der Gesellschaft begründet. Auch Hueck scheint dem zu folgen, wenn er feststellt, daß der übertragende Gesellschafter für den Dritten durch einen vom Gesellschaftsvertrag unabhängigen Vertrag eine neue Befugnis zur Geschäftsführung begründet (223). Nach Ansicht beider Autoren muß der Gesellschaftsvertrag ferner die Betrauung des Dritten gestatten. Aus alledem kann nur geschlossen werden, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft mit dem Dritten einen besonderen Vertrag (Auftrag, Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag ge-

---

(221) Vgl. Anm.2.

(222) in Schlegelberger-Geßler, § 114 Anm.13.

(223) in JZ 1962, S.363.

mäß § 675 BGB) abschließt, der für sich allein keinerlei Bezug zur Geschäftsführungsbefugnis des Gesellschafters hat, sondern eine nicht-gesellschaftsrechtliche Befugnis des Dritten begründet. Insoweit muß der Gesellschafter-Geschäftsführer Vertretungsmacht haben. Mit einer solchen Lösung wird das Institut der Drittausübung verkannt und der Nichtgesellschafter in ein Angestelltenverhältnis zu der Gesellschaft gebracht. Insbesondere muß der Bundesgerichtshof bei seiner zutreffenden Einordnung des gesetzlichen Vertreters und des Testamentsvollstreckers, die die gesellschaftsrechtlichen Befugnisse im fremden Namen ausüben (224), zu dem Ergebnis gelangen, daß auch diese Nichtgesellschafter in einem besonderen Vertragsverhältnis zur Gesellschaft stehen, das ihnen erst die Befugnis zur Ausübung der Gesellschafterrechte einräumt.

Bei einer ungezwungenen Betrachtung der Klausel, über deren Gültigkeit der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, lassen sich die Schlüsse der Entscheidung nicht aufrecht erhalten. Die Klausel ist ganz auf die Geschäftsführungsbefugnis des zur Übertragung berechtigten Gesellschafters zugeschnitten. Dafür spricht einmal, daß diese besondere Befugnis nur für den einen der persönlich haftenden Gesellschafter galt, während der nach dem Vertrag geschäftsführungsbefugte andere persönlich haftende Gesellschafter diese Befugnis nicht hatte. Er war also verpflichtet, stets selbst die Geschäftsführung der Gesellschaft auszuüben. Die Aufteilung der Gesellschafter und auch der Mitwirkungs- und Herrschaftsrechte in zwei Familienstämme konnte es mit sich bringen, daß die Geschäftsführung einem Gesellschafter oblag, der zu ihrer Ausübung nicht die notwendigen Fähigkeiten besaß. Im Falle seines Unvermögens sollte er daher die Geschäftsführung auf einen Nichtgesellschafter übertragen können. Es ergibt sich nicht der geringste Anhaltspunkt, daß die Übertragung im Namen der Gesellschaft erfolgen sollte. Dies hätte überdies die keinesfalls in der Absicht der Parteien gelegene Folge gehabt, daß der übertragende Gesellschafter seine Machtstellung zugunsten der Gesellschaft verloren hätte; nicht er allein, sondern die Gesellschaft wäre Geschäftsherr und damit weisungsbefugt gegenüber dem Nichtgesellschafter. Der Gesellschafter-Geschäftsführer des anderen Familienstammes hätte dagegen seine besondere Machtstellung behalten. Wäre die Geschäftsführung etwa so aufgeteilt gewesen, daß dem einen Stamm die kaufmännische, dem anderen die technische Geschäftsführung oblag, so hätte der kaufmännische Geschäftsführer seinen Einfluß in der Gesellschaft in vollem

---

(224) Vgl. für den gesetzlichen Vertreter BGHZ 3, S.354,  
und für die Testamentsvollstreckung BGHZ 12, S.100 ff.

Umfang ausüben können, während die technische Geschäftsführung durch die Übertragung Weisungen durch einstimmigen Gesellschafterbeschluß unterlegen hätte. Der ursprünglich positiv gestaltende Einfluß des Gesellschafters aufgrund des § 116 HGB wäre auf einen negativen Einfluß, die Sperre durch sein Stimmrecht, herabgemindert. Diese Regelung würde dem Zweck der gleichmäßigen Verteilung der Herrschafts- und Mitwirkungsrechte unter den beiden Familienstämmen zuwiderlaufen.

In seiner Besprechung der Entscheidung sieht Hueck (225) in einer Übertragung der Geschäftsführung regelmäßig die Betrauung eines Dritten mit der Geschäftsführung unter eigener Befreiung von der Geschäftsführungspflicht. Diese Bemerkung kann nur für den Fall des Vertrages zwischen Gesellschaft und Drittem gelten; bei einer Drittausübung dagegen kann nur die Pflicht zur Selbstaussübung entfallen.

Von seiner Auffassung aus folgerichtig, schließt der Bundesgerichtshof die Anwendung des § 117 HGB gegen den Dritten aus. Es bedarf des § 117 HGB auch nicht, da sich die Beziehungen zwischen Gesellschaft und geschäftsführungsbefugtem Nichtgesellschafter ausschließlich nach dem zwischen ihnen bestehenden Vertrag bestimmen.

Die Argumente, die der Auffassung des Bundesgerichtshofes entgegenstehen, sprechen zugleich für die Annahme einer Drittausübung im hier geschilderten Sinne. Dabei geht es allein um die Auslegung der Klausel. Dem Bundesgerichtshof ist darin zuzustimmen, daß Verträge über die Geschäftsführung zwischen einem Nichtgesellschafter und der Gesellschaft grundsätzlich zulässig sind. Es bedarf dabei jedoch stets eines besonderen Anhaltspunktes, daß der Vertrag im Namen der Gesellschaft geschlossen wurde. Liegt dieser Anhaltspunkt nicht vor, so handelt es sich um eine Drittausübung.

## 2. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone

Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (226) hat die Möglichkeit des Hineinwirkens Dritter in das Gesellschaftsverhältnis dann anerkannt, wenn überwiegende gesellschaftsrechtliche Gegengründe nicht bestehen. Als der-

---

(225) in JZ 1962, S. 363.

(226) Vgl. Anm. 1.

artige mögliche Gegengründe könnten das Vertragsprinzip, das Gesamthandsprinzip und das Wesen der Mitgliedschaft gefunden werden. Dem Obersten Gerichtshof ist vorzuwerfen, daß er allein das Vertragsprinzip in beschränktem Umfang berücksichtigt hat, nämlich dann, wenn der Nichtgesellschafter über bloße Kontroll- und Informationsrechte hinausgehende Mitwirkungsrechte des Gesellschafters wahrnimmt. Die Drittausübung dieser Rechte soll immer dann zulässig sein, wenn die übrigen Gesellschafter zugestimmt haben.

Soweit die Kontroll- und Informationsrechte angesprochen sind, mag die Ausnahme vom Vertragsprinzip, die auch von Hueck (227) befürwortet wird, zutreffen. Kontrollrechte sind nicht wie die Mitwirkungsrechte im Interesse der Gesellschaft verliehen, sondern wesentlich im eigenen Interesse des einzelnen Gesellschafters (228). Dieser Umstand entzieht die Kontrollrechte noch nicht dem Vertragsprinzip, das ein Hineinwirken von Dritten, soweit mit dem Wesen der Mitgliedschaft vereinbar, vom Willen aller Gesellschafter abhängig macht. Die Unterscheidung läßt sich nur dadurch rechtfertigen, daß Kontrollrechte, jedenfalls soweit es sich um gesetzliche Rechte etwa nach § 116 HGB handelt, nicht zugleich mit einer entsprechenden Verpflichtung des Gesellschafters verbunden sind und daher das das Vertragsprinzip rechtfertigende Vertrauen, ähnlich wie bei den Rechten aus § 717 Satz 2 BGB, nur eine ganz untergeordnete Bedeutung hat. Das Wesen der Mitgliedschaft indes verlangt, daß diese Rechte stets nur einem Gesellschafter zustehen können. Sie sind daher nicht abtretbar, und eigene Rechte eines Nichtgesellschafters sind an ihnen ebenso unmöglich wie an eigentlichen Mitwirkungsrechten.

Die entscheidende Kritik am Urteil des Obersten Gerichtshofes muß freilich an der Nichtbeachtung des Wesens der Mitgliedschaft durch das Gericht ansetzen. Daher rührt sein Schluß, daß bei Zustimmung der übrigen Gesellschafter (Vertragsprinzip) der Ehemann kraft Familienrechts befugt ist, die Gesellschafterrechte der Frau aus eigenem Recht und in eigenem Namen auszuüben. Eigene Rechte innerhalb der Gesellschaft können aber nur Gesellschaftern zustehen. Der familienrechtlichen Befugnis des Mannes wird also eine Position eingeräumt, die einer mitgliedschaftlichen Rechtsstellung gleichsteht, insbesondere, wenn die Zustimmung nur aus wichtigem Grund nach § 117 HGB widerruflich ist. Der Nichtgesellschafter genießt so eine gesellschaftsrechtliche Befugnis mit ihrem besonderen Schutz, ohne daß er in den persönlichen Haftungsverband der Gesellschafter eintritt. Unter Ziff. 6 der Gründe prüft der Oberste Gerichts-

---

(227) in SJZ 1948, Sp. 757.

(228) So etwa Fischer in NJW 1959, S. 1058.

hof fann auch entsprechend, ob es den Beklagten, also der Gesellschafterin und ihrem Ehemann, gegenüber gerechtfertigt ist, die Ausübung ihrer Befugnisse durch einen Bevollmächtigten anzuordnen, da die Gesellschafterrechte höchstpersönlich, nicht übertragbar und regelmäßig auch nicht der Ausübung nach einem Dritten überlassen werden können. Hier wird besonders die gesellschaftsrechtliche Qualifikation der Befugnisse des Ehemannes deutlich.

Bei diesem Ausgangspunkt bemerkt das Gericht zu Recht, daß Maßnahmen der Gesellschafter gegen den Ehemann notwendig sind, wenn ihm eine eigene Ausübungsbefugnis zusteht. Die Zustimmung muß daher auch ihm gegenüber widerrufen werden. Die Anwendung des § 117 HGB gegen die Gesellschafterin erscheint unter diesem Gesichtspunkt aber als bloße Formalie. Nicht ihre Rechte werden durch die Entscheidung berührt - sie soll ja weiterhin persönlich ausüben können -, sondern die eigenen, außerhalb des Gesellschaftsvertrages liegenden Rechte des Mannes. Das erkennt der Oberste Gerichtshof für die bloße Beschränkung der Befugnisse des Mannes auch an. Wiederum familienrechtliche Bedenken veranlaßten das Gericht zu dem obiter dictum, daß eine Entziehung der Befugnisse des Mannes möglicherweise auch gegen die Frau auszusprechen sei. Seine Auffassung vom eigenen Recht des Nichtgesellschafters wird hier weiter verdeutlicht, wenn bei einer gegen beide Ehegatten auszusprechenden Entziehung zur Begründung der Klage gegen die Frau, diese sich das Verhalten des Mannes nach § 278 BGB entgegenhalten lassen soll. Dies ist allein schon deshalb unrichtig, weil die Entziehungsklage nach § 117 HGB ein Verschulden des betroffenen Gesellschafters nicht voraussetzt. Bei einer bloßen Beschränkung der Befugnisse des Mannes brauchte gegen die Ehefrau nicht vorgegangen zu werden. Das Gleiche gilt nach dieser Entscheidung auch für die Ausübungsbefugnis des Mannes kraft der ihm erteilten Vollmacht. Sie entfällt mit der Klage gegen ihn.

Die Auffassung von der eigenen Befugnis des Ehemannes hat auch der Bundesgerichtshof (229) noch aufrechterhalten. Dieser sprach auch die Folgerung aus, daß die Rechtsstellung des Ehemannes, der die Befugnisse der Frau im eigenen Namen ausübe, der Rechtsstellung des Anteilseigners nahekomme.

Hueck (230) und Glitsch (231) hatten bereits vor Erlaß der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes darauf hingewiesen, daß die Gesellschafterrechte der

---

(229) in JR 1954, S. 59.

(230) Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 1. Aufl., S. 168.

(231) S. 185; vgl. auch Düringer-Hachenburg-Geiler, Allg. Einleitung, Anm.

Frau wegen ihres höchstpersönlichen Charakters nicht unter das güterrechtliche Verwaltungsrecht des Ehemannes fallen. Wohl könne diesem die Ausübung der Rechte durch Rechtsgeschäft und mit Zustimmung der Mitgesellschafter überlassen werden. Dieses zutreffende Ergebnis folgt aus dem Wesen der Mitgliedschaft, das eigene Rechte eines Nichtgesellschafters innerhalb der Gesellschaft, die nicht mit einer persönlichen Haftung verknüpft sind, verbietet.

Soweit der Oberste Gerichtshof den Grundsatz des mildesten Mittels anwendet, entspricht er den dargelegten Ergebnissen. Allerdings scheint das Gericht unter Ziff. 5 der Gründe den Grundsatz vom mildesten Mittel aus § 242 BGB herzuleiten. Die Innehabung eines Rechts kann indes nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, sondern lediglich dessen Ausübung im Einzelfall. Mit Fischer (232) ist daher davon auszugehen, daß Treu und Glauben nicht das den Entzug der Geschäftsführungsbefugnis rechtfertigende Prinzip sind. Zu Recht führt der Oberste Gerichtshof aber anschließend aus, daß das Interesse des betroffenen Gesellschafters daran, daß kein schärferes Mittel gegen ihn zur Anwendung kommt als unbedingt erforderlich scheint, zu berücksichtigen ist. Freilich sieht er als geschützte Sphäre nicht das Vertragsprinzip an, sondern die Interessen des beklagten Gesellschafters. Er erkennt aber innerhalb des § 117 HGB den Erforderlichkeitssatz, ohne ihn allerdings folgerichtig durchzuführen.

## V. ZUSAMMENFASSUNG

Die Freiheit der Gesellschafter zur Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses wird eingeschränkt durch das Gesamthandsprinzip, das Vertragsprinzip und das Wesen der Mitgliedschaft. Die Ausübung von Geschäftsführungsbefugnissen einer offenen Handelsgesellschaft durch Nichtgesellschafter widerspricht nicht dem Wesen der Mitgliedschaft, da Herrschaft und Haftung, jedenfalls solange keine privative Ausübungsüberlassung vorliegt, nicht getrennt werden und da der Grundsatz der Arbeitsgemeinschaft abdingbar ist. Das Vertragsprinzip erfordert jedoch die Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Überlassung der Ausübung von Geschäftsführungsbefugnissen an Nichtgesellschafter. Außerhalb der Fälle der gesetzlichen Vertretung überläßt der Gesellschafter-Geschäftsführer die Ausübung seiner Befugnisse im eigenen Namen. Es kommt dadurch keine vertragliche Beziehung zwischen der Gesellschaft und dem Dritten zustande. Die Zustimmung der Mitgesellschafter ist vertragliches Recht des Gesellschaf-

---

(232) in NJW 1959, S. 1058.

ter-Geschäftsführers, und zwar als Teil seiner Geschäftsführungsbefugnis. Bei der Drittausübung durch einen gesetzlichen Vertreter des Gesellschafter-Geschäftsführers bedarf es der Zustimmung der Mitgesellschafter nicht, da die Interessen der Gesellschafter dann nicht durchsetzbar sind, wenn soziale Schutzzwecke ihrem Privatwillen übergeordnet sind.

Zum Ausgleich der strengen Bindungen durch das Vertragsprinzip dienen die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsklagen (§§ 140, 133, 117, 127 HGB). Innerhalb dieser Klagen ist der Grundsatz vom mildesten Mittel als Unterfall des Erforderlichkeitssatzes erkennbar. Im Wege des argumentum a maiori ad minus kann § 117 HGB auch auf den Teilentzug von Geschäftsführungsbefugnissen ausgedehnt werden. Als Teil der Geschäftsführungsbefugnis kann daher nach § 117 HGB auch die Zustimmung zur Drittausübung aus wichtigem Grund entzogen und der Gesellschafter-Geschäftsführer zur persönlichen Ausübung seiner Befugnisse verpflichtet werden. Ist dies rechtlich nicht möglich oder untunlich, so kann die Geschäftsführungsbefugnis auch dahingehend beschränkt werden, daß nunmehr der ausübungsberechtigte Nichtgesellschafter von der persönlichen Ausübung ausgeschlossen wird (verlängerte Drittausübung).

Innerhalb der Prüfung der Erforderlichkeit des anzuwendenden Mittels kann auch die bloße Beschränkung der Zustimmung zur Beseitigung der Störung als ausreichend erscheinen. Sie kann nach § 117 HGB im sachlichen oder im persönlichen Umfang eingeschränkt werden.

Der wichtige Grund darf nicht in ein Verhältnis zum anzuwendenden Mittel gebracht werden, sondern ist selbständige Voraussetzung für ein richterliches Eingreifen. Daneben steht der Erforderlichkeitssatz, nach dem sich die Härte des anzuwendenden Mittels bestimmt. Ein eigenes störendes Verhalten des Klägers ist nicht innerhalb des wichtigen Grundes zu berücksichtigen, sondern unter dem Gesichtspunkt mißbräuchlicher Rechtsausübung zu prüfen.

Der Richter ist in der Weise an den Klageantrag gebunden, daß er nicht aus eigenem Ermessen auf ein milderes Mittel als beantragt erkennen kann. Hält er das beantragte Mittel zur Beseitigung der Störung für nicht erforderlich, so hat er die Klage abzuweisen.

Eine Klage gegen den Nichtgesellschafter ist ausgeschlossen. Er kann sich am Prozeß gegen den Gesellschafter auch nicht als Streitgenosse beteiligen. Eine Streithilfe des Nichtgesellschafters ist jedoch außer in den Fällen der gesetzlichen Vertretung zulässig.

Den beiden eingangs zitierten Entscheidungen ist entgegenzuhalten, daß sie jeweils von einer unzutreffenden Einordnung der Drittausübung von Gesellschafterrechten ausgehen. Der Bundesgerichtshof (233) stellt ganz darauf ab, daß die Übertragung der Ausübung im Namen der Gesellschaft erfolgt. Abgesehen davon, daß sich in dem in der Entscheidung mitgeteilten Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte für eine Übertragung im Namen der Gesellschaft finden, muß die Argumentation dazu führen, daß alle Drittausübungsberechtigten Angestellte der Gesellschaft werden. Dies ist zwar möglich und weitgehend üblich, führt jedoch gerade bei der Testamentsvollstreckung und bei der gesetzlichen Vertretung zu unhaltbaren Ergebnissen.

Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone (234) geht davon aus, daß der Ehemann nach altem Güterrecht die Gesellschafterrechte seiner Ehefrau kraft eigenen Rechtes wahrnimmt. Er räumt damit dem Ehemann eine gesellschaftersähnliche Rechtsposition ein und muß notwendig zur Anwendung des § 117 HGB auch dem Nichtgesellschafter gegenüber gelangen. Dieses Ergebnis beruht auf der Verkennung des Wesens der Mitgliedschaft; es führt zur Anerkennung eigener Rechte von Nichtgesellschaftern in der Gesellschaft, ohne daß eine entsprechende persönliche Haftung gegeben ist. Beide Entscheidungen hätten zutreffenderweise § 117 HGB dergestalt anwenden müssen, daß die vertraglichen Befugnisse des Gesellschafter-Geschäftsführers so eingeschränkt wurden, daß dieser nunmehr zur persönlichen Ausübung verpflichtet war.

---

(233) Vgl. Anm. 6.

(234) Vgl. Anm. 5.

## LEBENS LAUF

Am 13. Juli 1938 wurde ich als erster Sohn meines Vaters Robert Hartmann und seiner Ehefrau Maria, geborene Basten, in Bonn geboren. Nach dem Besuch des Beethoven-Gymnasiums in Bonn war ich seit 1950 Schüler des Rabanus-Maurus-Gymnasiums in Mainz; dort legte ich am 2. März 1957 die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich an den Universitäten in Genf und Bonn Rechtswissenschaften. 1958 ging ich für die Dauer eines Jahres in die USA, um am Appalachian State Teachers College in Boone, North Carolina, Englisch und Geschichte zu studieren. 1959 nahm ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz das juristische Studium wieder auf und legte vor dem Justizprüfungsamt des Landes Rheinland-Pfalz am 28. Mai 1962 das erste juristische Staatsexamen mit der Note "befriedigend" ab. Seit dem 1. Januar 1963 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 25. Februar 1966.









